

01/84

von Alexander Thämer

des Verfassers

Die Hauptschutzmittel

des

Angeschuldigten im Inquisitionsprocess,

mit

besonderer Berücksichtigung des livländischen
Landrechts dargestellt.

*
Eine

mit Genehmigung Einer Hochverordneten Juristenfacultät
der Kaiserlichen Universität Dorpat gedruckte

Abhandlung,

welche,

zur Erlangung der Magisterwürde,

öffentlich vertheidigen wird

Hermann Schütze,
Candidat der Rechte.

Dorpat,

Druck von Heinrich Laakmann.

1849.

Der Druck dieser Abhandlung ~~mit~~ Thesen wird gestattet und ist nach dessen Beendigung sogleich die gesetzliche Anzahl von Exemplaren bei der Censurbehörde in Dorpat einzureichen.

Dorpat, den 21. Januar 1849.

Dr. Ed. Osenbrüggen,
d. Z. Decan der Juristen-Facultät.

— — indem Ich das Verbrechen entdeckt und bestraft wissen will, wünsche Ich doch noch mehr, dass die Unschuld — alle Mittel an ihrer Rechtfertigung finden möge.

Allerh. Ukas v. 8. Aug. 1801.

1. 2979

Vorwort.

Die Kriminaljustiz, die das Verbrechen verfolgt und bestraft, muss so eingerichtet sein, dass sie die, ihr zu Erreichung ihres Zwecks: Vernichtung der Schuld am Schuldigen, zuständigen Befugnisse nicht missbrauchen kann, dass die bürgerliche Freiheit nicht ein Spielball in ihren Händen werde; sie soll das auch sein, wo sie in Form der Inquisition auftritt; sie soll auch hier so eingerichtet sein, dass der Staatsbürger nicht angstvoll, sondern vertrauensvoll auf sie hinblickt. Das kann aber nur dann der Fall sein, wenn der Staatsbürger nicht *allein* auf die „väterliche Fürsorge der Justiz“ alle Hoffnungen zu bauen hat, sondern wenn ihm selbst, der Justiz gegenüber und unabhängig von ihr, verschiedene Mittel gegeben sind, Unschuld und Freiheit zu wahren.

Im Inquisitionsprocess gibt es solcher Mittel nicht viele und in Nachstehendem habe ich den Versuch wagen wollen, dieselben zusammenzustellen und näher zu beleuchten. Dass sie aber übrigens keine Consequenzen des reinen inquisitorischen Principis sind, sondern eher Zugeständnisse, welche man, da sich die totale Mangelhaftigkeit einer consequenten Durchführung jenes Principis von selbst herausstellte, dem Inquisitionsprocess im Interesse der Gerechtigkeit machte, muss hier wol ausser der Betrachtung bleiben.

Einleitung.

Die Anerkennung der Herrschaft des Rechts ist die Grundlage der gesellschaftlichen Ordnung. Nur auf sie gestützt, vermögen die verschiedenen geistigen und materiellen Interessen der Menschen ihre Aufgabe zu lösen, d. h. ihrer Vervollkommnung entgegen zu gehen. Wie nun jede Erscheinung nur dann auf Anerkennung Anspruch machen kann, wenn sie ihren Werth in sich selbst trägt, so auch das Recht. Der Werth eines Rechtssatzes aber bestimmt sich durch seine Volksthümlichkeit und, was namentlich das Criminalrecht angeht, durch seine Uebereinstimmung mit den Begriffen vom Werth oder Unwerth der einzelnen rechtswidrigen Aeusserungen des menschlichen Willens (Verbrechen) und der, in sinnlichen Uebeln sich darstellenden Negationen derselben (Strafen). — Das durch die Gesetze geschaffene Verbrechen wird nie als solches anerkannt; es wird vermieden, weil es verboten ist, gestraft wird, nicht seiner eignen unsittlichen Natur wegen. „Wenn man viele Handlungen verbietet,“ — sagt die Instruction der Kaiserin Katharina an die Gesetzescommission vom 30. Juli 1767 art. 242 — „so thut man dadurch denen Verbrechen keinen Einhalt, sondern man gibt noch zu neuen Anlass.“

Man halte mir da nicht entgegen, dass dasselbe auch von einzelnen Rechtsverbrechen gesagt werden könne, wie denn bekanntermaassen die Ehsten noch jetzt sehr oft den Diebstahl, wenigstens mancher Gegenstände, als kein besonderes Verbrechen anzusehen geneigt sind; dieses hängt zu eng zusammen mit dem Begriff des Eigenthums, der ja, wie ebenfalls bekannt, bei ihnen zur Zeit der Leibeigenschaft nicht existiren konnte. Als aber später nach Aufhebung derselben der Erwerb von Eigenthum jenem Volke durch Gesetze gestattet wurde, konnte doch die Vorstellung von einem Rechte, dessen Inhalt die *ausschliessliche* Herrschaft über eine Sache wäre, bei ihm nur *allmählig* zu einer gewissen Klarheit gelangen.

Es setzen sich die Begriffe verbrecherischer Handlungen mit steigender sittlicher Kultur immer mehr und mehr ab. Gesetzgebung und Wissenschaft, die Organe der Volksüberzeugung — wo diese selbst mit sich nicht ins Reine kommen kann — bemächtigen sich jener Begriffe, concentriren, begränzen sie und geben dann so den Gedanken, den sie, wenn auch unausgedacht, im Volke vorfinden, demselben ausgedacht und klar ausgesprochen in Gesetzen und wissenschaftlichen Werken zurück. Auch die beste Absicht rechtfertigt die Gesetzgebung nicht, welche mit der Bildungsstufe des Volks nicht Schritt gehalten, sondern derselben vorauseilte oder ihr nachblieb. Weil sie — namentlich erstern Falls — nicht verstanden wird, kann sie auch nicht Anspruch auf Anerkennung machen. — Von Bestimmung der Strafe nach ihrem innern Werth gilt dasselbe.

Wie nun die erste und Hauptbedingung eines jeden Rechtsatzes, seine organische Entwicklung ist, so muss als zweite, kaum minder wichtige, seine Anwendung im Leben, seine Ausführung betrachtet werden. Auch die beste *Criminalgesetzgebung* — von welcher es sich hier zunächst handelt — wird in Misskredit kommen, wenn ihre Ausübung nicht Händen von Männern anvertraut worden ist, die ausgestattet mit der noth-

wendigen Kenntniss dessen, was als Verbrechen und Strafe im Staate gilt, auch im concreten Fall nur nach genauer Prüfung aller Thatsachen bestimmen, ob ein Verbrechen ihnen vorliegt oder nicht, und durch ein richtiges Abwägen von Schuld und Strafmaass sich bestreben und bestreben können, dem gerechten gesetzgeberischen Willen zu genügen, und so das Vertrauen der Staatsbürger auf die Rechtspflege zu erhalten. Doch nicht tüchtige Richter allein, nicht der Instanzenzug an sich, nicht Landesdeputirte, nicht controllirende Beamte können für Erreichung dieses Zwecks die genügende Bürgschaft geben; — es müssen auch dem Angeschuldigten selbst Mittel und Wege offen gelassen sein, alles das, was zu seinen Gunsten gesagt und gethan werden kann, in Bewegung zu setzen. Es ist dies eine unbedingte Forderung, die wir an die Gerechtigkeit zu stellen haben, welche wir ja auch bildlich nie ohne Waage darstellen — *die* Forderung, dass sie dem, durch dessen Handlung sie sich verletzt glaubt und gegen den sie selbst offensiv und defensiv auftritt, auch seinerseits die Offensive und Defensive zu gebrauchen gestattet. Nehmen wir dieses Recht dem Beklagten, gestatten wir ihm nur zu antworten auf die Fragen des gestrengen Richters und weisen wir ihm nur eine passive Stellung an, so hat entschieden die bürgerliche Gesellschaft keine Garantien mehr für Leben, Freiheit, Ehre, Eigenthum irgend eines ihrer Glieder. Denn die Willkühr des Richters bahnt sich hundert Wege, selbst die besten Gesetze zu umgehen, oder sie unberücksichtigt zu lassen; und ohne auch grade ungerecht sein zu *wollen*, vermag der Richter der Verführung nicht zu widerstehen, dem widerstandslosen, fast möchte ich sagen, durch die eingeleitete Untersuchung rechtlos Gewordenen, die ganze Macht seiner richterlichen Autorität fühlen zu lassen. Befangen von vornherein durch seine eigenthümliche Stellung, die ihn jedes Verbrechen als gegen ihn gerichtet und jede Regung der Persönlichkeit im Verbrecher als Verletzung seiner Autorität ansehen und ihn, als übereifrigen Diener des Staats,

überall des Verbrechen zu verfolgen und zu entdecken bemüht sein lässt, um sich um den Staat verdient zu machen — so befangen kennt der eifrige Richter keine Gränzen, scheut seine Thätigkeit auch manches ungerechte Mittel, um den des Verbrechens Verdächtigen zu überführen, d. h. hier: ihn zum Geständniss zu bringen¹⁾. Denn hieran arbeiten doch am Ende die inquirirenden Kräfte in der Regel allein, seit das canonische Recht und dessen Praxis, nach Analogie der Beichte über Sünden, auch das Geständniss des Unrechts als Pflicht eines jeden Angeschuldigten auffasste²⁾; ihn daran, wo nöthig, zu mahnen (i. e. torquieren), wurde so zu einem natürlichen Rechte des Inquirenten! — Haben wir hierin einige der Missstände des Inquisitionsprocesses im Allgemeinen zu bedauern³⁾, so gestalten dieselben sich doch noch trüber, greller, wenn wir auf unsre heimathlichen Zustände einen Blick werfen; der Satz, dass Jeder nur von Seinesgleichen gerichtet werden solle, findet etwa nur in den Stadtbehörden Widerklang, während in den Criminalbehörden fürs flache Land nur die Mitglieder eines einzigen Standes die Richterstühle besetzen⁴⁾. Die grosse Kaiserin hatte in Ihrer Instruction art. 127 für uns vergebens das Wort gesprochen:

1) S. hierzu *Osenbrüggen*, Theorie und Praxis des Liv-, Ehst- und Curländischen Criminalrechts. 3te Lief. S. 3 ff. Dorpat 1846.

2) Gleichsam unbewusst kam hier die im inquisitorischen Princip selbst liegende Richtung auf Erlangung eines Geständnisses zum Durchbruch. — Ueber jenes Princip und seine Consequenzen gut: *H. A. Zachariä*, die Gebrechen und die Reform des deutschen Strafverfahrens, dargestellt auf der Basis einer consequenten Entwicklung des inq. und accus. Principis, Göttingen 1846.

3) Alles was sich etwa noch zu Gunsten des Inquisitionsprocesses gegenüber dem Accusationsprocess sagen liesse, hat ein ehrenwerther, unter Inquiriren ergrauter Veteran zusammengestellt gesucht: *W. H. Puchta*, der Inquisitionsprocess mit Rücksicht auf eine zeitgemässe Reform des deutschen Strafverfahrens überhaupt und besonders auf die Oeffentlichkeitsfrage betrachtet. Erlangen 1844.

4) Vgl. die Wochenschrift: Das Inland 1844 No. 47—49 die livländischen Landgerichte und die Adelsmatrikel.

„desgleichen sollten billig etliche der Richter mit dem „Beklagten einerlei Standes, d. i. Seinesgleichen, sein; „damit er nicht denken möge, als wäre er solchen Leuten „in die Hände gefallen die in seiner Sache die Gewalt zu „seinem Nachtheil anwenden könnten; man hat schon hier- „von Beispiele in den Kriegsgerichten!“

Seitdem ein gütiger Monarch die Personificirung — *sit venia verbo* — des Landvolks in hiesigen Gegenden decretirte, ward nur die bürgerliche Rechtspflege in den untern Instanzen ihm selbst zum Theil überlassen. Die Glieder dagegen der Polizei-, sowie der Criminal-Behörden fürs Land (welche Behörden eine collegialische Verfassung haben) müssen dem immatrikulirten Adel angehören, der auf seinen Versammlungen durch zeitweilige Wahlen jene Aemter besetzt. Wenn irgendwo, so ist es unter so bewandten Umständen Pflicht, das Gute, was sich an unserm Inquisitionsverfahren finden lässt, so weit es möglich ist, hervorzuheben und zusammenzustellen und seine Benutzung zu empfehlen. Musste anderwärts die Aufmerksamkeit, welche man dem Untersuchungsprocess und namentlich der Lage des Inculpaten in ihm zuwandte, nothwendig zu Vorschlägen neuer Einrichtungen führen, so können wir dagegen uns doch nur an's Alte halten und dieses so brauchbar wie möglich für die Gegenwart einrichten.

Am einfachsten möchte, meiner Ansicht nach, man da an's Ziel gelangen, wenn man dem Laufe einer gewöhnlichen Criminalprocedur und zwar nach ihren drei Hauptabschnitten: Untersuchung, Urtheil und Execution, folgt — und ist hier nur noch die Bemerkung voranzuschicken, dass in Livland die sogenannte Generalinquisition und *der* Theil der Specialinquisition, welchen die Wissenschaft des gemeinen Criminalrechts mit dem Ausdruck „summarisches Verhör“ bezeichnet, von den Polizeibehörden (Ordnungsgerichten) ausgeübt wird¹⁾, nach deren

1) In der neueren Gesetzgebung wird diese Thätigkeit der Ord-

Schluss dann die Acten und der Inquisit der Criminalbehörde erster Instanz zum weitem Verfahren eingesandt wird. Nur bei unbedeutender Verletzung von Anstand und Ordnung in verschiedenen Verwaltungszweigen und bei Polizeivergehen erkennt das Ordnungsgericht in Grundlage örtlicher Verordnungen über Leute niedern Standes, ohne die Acten dann an's Landgericht einzusenden ¹⁾.

nungsgerichte in Criminalsachen mit dem Ausdruck „Voruntersuchung“ bezeichnet, welchem Begriff aber, in Abweichung vom gemeinen Rechte, durch Gesetze und Praxis die im Texte angegebene Ausdehnung eingeräumt worden.

1) Provinzialrecht Th. I. § 418.

Die Untersuchung.

§ 1.

Wenn eine Polizeibehörde Nachricht erlangt, dass in ihrem Bezirk irgend ein Verbrechen oder Vergehen begangen worden ¹⁾, so hat sie sofort genaue Nachforschungen anzustellen, ob die eingegangenen Notizen begründet sind und vor allem für Herstellung des objectiven Thatbestandes zu sorgen. Steht es nun ganz fest oder ist auch nur hohe Wahrscheinlichkeit vorhanden, dass ein Verbrechen begangen worden, so richtet sie ihr Streben auf Ausmittelung des Thäters und sammelt alles zugängliche Material, welches zu diesem Zwecke dienlich scheinen möchte. Ist ihr dann gelungen, der Thäterschaft auf die Spur zu kommen, d. h. glaubt sie sich hinreichend gerechtfertigt ²⁾, gegen ein besonderes Individuum ein inquisitorisches Verfahren einzuleiten, so tritt sie damit in ein zweites Stadium ihrer Thätigkeit, welches das summarische Verhör genannt wird. Es ist schon daraus ersichtlich, dass der Eintritt dieses neuen Stadiums noch durch ein Moment vermittelt werden muss: die

1) Hier sind natürlich die einigen wenigen Vergehungen, welche nur auf Klage der Interessenten einer Untersuchung unterworfen werden, auszunehmen, wohin bedingungsweise Nothzucht, Körperverletzung, Injurie, Verleumdung und Verbreitung von Pasquillen, Drohungen, Eindrang in fremdes Eigenthum, Vernichtung und Beschädigung fremden beweglichen Eigenthums und Familiendiebstahl gehören. Vergl. Anm. zum 3ten, 6ten und 9ten cap. Th. X des Strafgesetzbuchs.

2) C. C. C. art. 6.

Sistierung des Angeschuldigten. Sie hat theils, wie gesagt, bloss den Zweck eine Vernehmung mit demselben anzustellen, theils aber auch führt sie zur Verhaftung, welche indess vom Richter nur aus triftigen Gründen decretirt werden darf¹⁾, welcher richterlichen Verfügung der, eines schweren Verbrechens Angeschuldigte unbedingt Folge zu leisten hat. Nicht so bei Anklage eines minder schweren, wo der Inculpat durch Bürgschaftstellung der Haft sich entziehen kann. Eine juratorische Caution, wie sie im römischen Recht vorkommt²⁾, kennen unsere Quellen im Criminalprocess nicht³⁾, wohl aber Caution durch Bürgen und Pfänder. Das Mittlere Ritterrecht⁴⁾ sichert dem Inculpaten das Recht, durch Bürgschaft der Criminalhaft sich zu entziehen, unabhängig von der Willkür des Richters, zu; besass Inculpat im Gerichtsbezirk mehr, als die verwirkte Geldbusse ausmachte, so brauchte er selbst keinen Bürgen zu stellen. Wo weder hinreichender Besitz noch Bürgschaft vorgewiesen werden konnte, trat Arrest ein. Die Ordinanzen vom 1. Februar 1632 verordnete, dass bei Delicten, welche nicht Leib- und Lebensstrafen nach sich ziehen, der Inculpat nach des Landrichters arbitrium freigelassen werden könne, macht also im Grunde den Gebrauch des Rechts durch den Inculpaten von der Willkür des Richters abhängig, wodurch es jeden Werth verliert⁵⁾. Zu einer Einschränkung überhaupt, den Bestimmungen des frühern Rechts gegenüber, mochte Schweden wol durch den Missbrauch der, mit denselben von Seiten der Berechtigten getrieben wurde, veranlasst worden sein. Aber Ex-

1) Richter-Regeln § 27. *R. J. L. Samson v. Himmelstiern*, Institutionen des livländischen Processes § 140 und 1549. (Riga 1824.)

2) l. 17 *Cod. de dignitatibus* — für *personae illustres*.

3) Der bei *von Wollfeldt* in den Mittheilungen aus dem Strafrecht und Strafprocess Liv-, Ehst- und Kurlands Bd II Thl. II S. 168 erwähnte Fall beweist nichts dagegen und lässt sich kaum als vereinzelte Ausnahme bezeichnen, weil der dort auferlegte Eid jeder Begründung entbehrt.

4) Mittleres Ritter-Recht cap. 106 und 107.

5) L. O. pag. 66.

treme berühren sich leicht und so vernichtete die schwedische Gesetzgebung das Bürgschaftsrecht, total, statt heilsame Beschränkungen desselben eintreten zu lassen. Ob das nur so in der ersten Ueberraschung über das Vorfinden eines, in seiner Ausdehnung unbilligen Rechtssatzes geschah — weiss ich nicht, soviel steht jedoch fest, dass spätere Verordnungen eine wesentliche Veränderung hierin durch Ignoriren der, in der allegirten Ordinanzen gemachten Bestimmungen eintreten lassen und den Gebrauch der Bürgschaft von dem Gesetze und nicht mehr von der Genehmigung des Richters abhängig machen¹⁾. Wir werden daher wol annehmen dürfen, dass in der spätern livländisch-schwedischen Periode der Gebrauch dieses Schutzmittels gegen Inhaftirung in die Willkür der Partheien gestellt, mithin ein zwar nur bei geringeren aber eben darum auch häufiger vorkommenden Vergehen gestattetes wahres Recht des Inculpaten wurde²⁾.

§ 2.

Diese in den Noten des Landlaghs enthaltenen Bestimmungen blieben auch die maassgebenden bis zur gegenwärtigen Zeit. Der Ukas vom 10. Februar 1763 bestimmt, dass diejenigen Inculpaten, welche minder wichtiger Vergehungen angeschuldigt im Gefängniss gehalten werden, sobald als möglich gegen Bürgschaft zu entlassen seien. Dringender noch empfiehlt der Ukas vom 28. Mai 1767 den Behörden fleissige Untersuchung der Kriminalsachen und befiehlt zugleich, diejenigen, welche nicht inhaftirt sein müssen, nach Empfang dieses Ukases in Gemässheit der Gesetze freizulassen, worauf die Oberbehörde strenge zu sehen hat. Beherzigenswerthe Worte finden wir in art. 165 der Instruction der Kaiserin Katharina; nachdem vorher dem Richter zur Pflicht gemacht wird, nur auf dringende, nachgewiesene Anzeigen zu verhaften, heisst es daselbst:

1) nota c. pag. 306 und nota c. pag. 364. L. L.

2) Siehe dagegen *von Richters* livländischen Strafprocess Thl. I. S. 98.

„diese Beweise müssen aber vom Gesetz bestimmt werden
 „und nicht von den Richtern, als deren Aussprüche allezeit
 „mit der bürgerlichen Freiheit streiten, wenn sie nicht aus
 „einer allgemeinen Regel des Gesetzbuchs hergeleitet sind,
 „die Sache mag beschaffen sein, wie sie wolle.“

und art. 135 ebendasselbst:

„Wenn den Gerichtsstühlen, denen es obliegt, die Gesetze
 „in Erfüllung zu setzen, das Recht verliehen wird, einen
 „Menschen der für sich Bürgschaft stellen kann, in Ver-
 „haft zu halten, so ist es mit der Freiheit gethan.“

Die immer nicht deutliche Bezeichnung derjenigen Fälle, in welchen dem Angeschuldigten nun das Bürgschaftsrecht zusteht, ist nach Emanirung des neusten Criminalcodex einer genauen Begränzung gewichen. Hier ist nämlich bestimmt, dass in allen den Fällen, wo Jemand eines Verbrechens angeschuldigt wird, auf welches eine Criminalstrafe oder die fünf höhern Arten der Korrekstrafen stehen, keine Bürgschaft angenommen werden darf; steht aber auf das angeschuldigte Verbrechen eine minder schwere Strafe — also vom zeitweiligen Arrest abwärts — so ist der Angeschuldigte, wenn er Bürgschaft beibringt, durchaus freizulassen¹⁾. Ob also überhaupt Bürgschaft im einzelnen Fall stattfinden kann oder nicht, darüber hat der Richter nicht die willkürliche Bestimmung, sondern der Inculpat zeigt an, ob er Bürgschaft stellen werde oder nicht, und damit dem Letzteren die, dazu erforderliche Kenntniss der Anschuldigung werde, hat der Richter ihn innerhalb dreier Tage mit derselben bekannt zu machen. Unterlässt der Richter das, so hat Inculpat das Recht, sich mit einer Beschwerde an den Oberrichter zu wenden²⁾, welcher, ist das angeschuldigte Verbrechen der Art, dass Bürgschaft zulässig ist, gegen solche sofort den Inculpaten entlässt und dann die Untersuchung einer von diesem

1) Die 6te und 9te Fortsetzung zum Swod XV. art. 1010 u. 1012.

2) Swod der Reichsgesetze Bd. XV art. 1582; wo sich Gewissensgerichte finden, geht die Beschwerde an diese; vergl. auch art. 1062 ff. *ibid.*

selbst frei gewählten Justizbehörde überträgt, während der Unterrichter, der sich die Widrigkeit zu Schulden kommen liess, einer Strafe nach art. 377 des Strafgesetzbuchs verfällt. Durch die Intervention der Oberbehörde erhält aber auch die Bürgschaft eine grössere Ausdehnung, indem sie nur noch in den Fällen ausgeschlossen wird, wo die Anklage auf Hochverrath, Mord, Raub und Diebstahl lautet.

Es fragt sich nur noch, wie eine solche Bürgschaft im Criminalprocess beschaffen sein müsse, um zu genügen, da ja das Urtheil darüber schlechthin dem Richter überlassen, das Wohlthätige in dieser Einrichtung vollständig aufheben — weil von richterlicher Willkür abhängig machen — hiesse. Der letzte von mir angeführte Ukas fordert Freilassung der Angeschuldigten auf Bürgschaft in Gemässheit der Gesetze. Nun finden sich Requisite der Bürgschaft in speciell für Livland erlassenen oder dahin ausgedehnten russischen Gesetze gar nicht und im schwedischen Recht nur allgemein angedeutet, indem es hier, Richter-Regeln § 16 p. 1 heisst: „wer Bürge vor einen andern sein will, muss mit der Bezahlung stehen;“ — so müssen wir denn auf die Ritterrechte zurückgehen, und da finden wir, dass die Bürgschaft zunächst eine *cautio judicio sisti*, dann aber auch eine *cautio judicatum solvi* ist, und dem Betrage der in Geld veranschlagten wahrscheinlichen Strafe gleichkommt. Denn, wenn sie für den, eines schweren Verbrechens Angeschuldigten gestellt wurde, musste sie soviel betragen, als dieses letztere Mannbusse gross war; im Fall aber ein minder wichtiges Verbrechen vorlag, kam die Grösse der Cautionssumme der wahrscheinlichen Geldstrafe gleich¹⁾. — Wir werden am ehesten einen festen Boden gewinnen und die Ansprüche der Gegenwart

1) M. R. R. 112. We einen mau hörget umb sake, de em an synen hals treden, de schall en ynbringen, unde mach he syner nicht ynbringen, so schall he so vele gudes geven als syn hals werth — — borget he överst umb andere breke, de minder syn, unde en mach he syner nicht ynbringen, so bringe he syne bröke — —

mit den Vorschriften aus früheren Zeiten in Einklang bringen, wenn wir die Bürgschaft sich richten lassen nach der Grösse des muthmasslichen oder schon gewissen Schadenersatzes, der Processkosten, und endlich nach der Art des, in Geldwerth veranschlagten Vergehens, wozu uns zum Theil das neue Strafgesetzbuch einen Maasstab an die Hand gibt durch seine Bestimmung über Verwandlung von Geldstrafen bei Zahlungsunfähigen in Gefängnisstrafen ¹⁾.

§ 3.

Was die Wirkungen der gestellten Bürgschaft betrifft, so ergibt sich schon aus dem Angeführten, dass der Angeschuldigte für die Dauer der Untersuchung desjenigen angeschuldigten Verbrechens, auf welches sich die Bürgschaft bezog, auf freiem Fuss bleibt. Erscheint im Laufe der Untersuchung der Angeschuldigte noch anderer Verbrechen höchst verdächtig, oder begeht er in dieser Zeit selbst neue, auf welche sich ursprünglich die Bürgschaft nicht erstreckte, oder für welche eine solche überhaupt unzulässig, so steht in diesen Fällen einer Verhaftung nichts entgegen.

Von diesen Bestimmungen über Bürgschaft im Criminalprocess — einer Habeas-Corpus-Acte in kleinem Maasstabe — wäre zu wünschen, dass sie mit voller Kraft eingehalten würden; denn mögen uns die Gesetze noch so fest versichern, dass die Haft dem unschuldig Befundenen nicht zum Schimpf gereichen soll ²⁾, mag auch das eigene Bewusstsein noch so sehr uns von jeder Schuld freisprechen, — das Urtheil der Mitbürger kann durch jene Gesetze und unser Bewusstsein nicht bestimmt werden. Der Verdacht, der eine Verhaftung veranlasste, zerstört sich oft und Inculpat wird freigesprochen. Aber ohnmächtig steht der, hinter dem sich einmal die Thüren des Kerkers schlossen nach seiner Befreiung und Unschuldserklärung

1) St. G. B. art. 90.

2) Instruk. der Kaiserin *Katharina* § 169.

dem Urtheil der grossen Menge gegenüber, die nun einmal immer — man vergebe es der Phantasie — das hinter geheimnissvollen Schleiern Vorgegangene sich in grelleren Farben ausmalt. Das Urtheil aber derer, mit und unter denen wir leben, muss für uns doch nothwendig auch einen Werth haben. Unser Bewusstsein allein kann uns nicht über den Verlust des Vertrauens unserer Mitbürger trösten. Und wird nicht auch das schönste Bewusstsein der Unschuld niedergehalten durch das Gefühl, dass das Urtheil der Mitbürger auf Thatsachen sich stützt, die nun einmal leider der Art sind, dass sie wol Verdachtsgründe abgeben können; — eine solche Thatsache aber ist die Verhaftung wegen eines angeschuldigten Verbrechens. — Natürlich fallen diese Bedenken, die aus der Nichtanwendung der Bürgschaft erwachsen dürften bei gewissen Gattungen von Vergehen, weil sie eben nach den Zeitvorstellungen keine sind, sowie auf der andern Seite bei Oeffentlichkeit der Gerichtssitzungen überhaupt weg. Immer aber ist das Bürgschaftsrecht deshalb von Wichtigkeit, weil ja durch die Haft eine Abhaltung vom Erwerb eintritt, und das materielle Wohl des vielleicht Weib und Kinder habenden Inculpaten untergraben wird, so aber (im Fall der Schuld) das geringfügigste Vergehen Folgen nach sich ziehen kann, welche bei weitem empfindlicher als die Strafe selbst sind; es ist endlich auch deshalb beachtungswerth, weil bei uns leider noch zu oft Untersuchungshaft und Strafhaft nur auf dem Papier unterschieden werden können. Lässt sich aber auch in Wahrheit eine solche Trennung machen, so ist doch bei den durchaus zu beschränkten Gefängnisräumen nicht zu vermeiden, dass der, eines geringfügigen Vergehens Angeschuldigte, der Neuling im Verbrechen in dem, unter Strafen ergrauten Veteranen, neben dem er sitzt, bald seinen Lehrer und Führer verehrt.

§ 4.

Als dem Zweck nach der Bürgschaft verwandt, dem Umfang und der Ausführung nach aber vielfach von ihr abweichend, darf eine Einrichtung nicht unerwähnt bleiben, welche, obzwar

sie mehr durch einen Gnadenakt, als einen rechtlich begründeten Anspruch in's Leben gerufen wird, doch für den Angeeschuldigten einen ganz besonders bevorrechteten Zustand eintreten lässt und durch das Gebot, dass sie, einmal genehmigt, zum Besten des Angeschuldigten unverbrüchlich aufrecht zu erhalten sei, der precären Stellung des Begnadigten eine feste rechtliche Basis gibt — es ist das sogenannte *sichere Geleit*, *salvus conductus*. Dieses sichere Geleit ist schon den Quellen unserer angestammten Periode bekannt und wie in Deutschland durch den Gerichtsbrauch eingeführt. Zur Zeit der schwedischen Oberhoheit wurde es aber vom Gesetz weiter und zu der Gestalt ausgebildet, welche es noch jetzt hat. Ist nemlich der Fall eingetreten, dass der Angeschuldigte flüchtig geworden und sich an einem Ort befindet, wo das Gericht seiner habhaft zu werden nicht vermag ¹⁾, so kann — jedoch nur ausdrücklich mit Genehmigung des Monarchen — dem Angeschuldigten ein Geleitsbrief, d. h. also die schriftliche Zusicherung, gegeben werden, dass, sofern er sich freiwillig der untersuchenden Behörde stellt, er während der ganzen Untersuchung oder während einer bestimmten Zeit (diese muss genau angegeben sein) durchaus von aller Verhaftung frei sein soll. Dass sicheres Geleit standesmässig „ohne besondere Bewilligung“ dem livländischen Adel zustehe, lässt sich, wenigstens aus dem schwedischen Recht nicht, nachweisen; denn die Ordinance vom 1sten Februar 1632 § 25, auf welche sich *v. Samson* beruft ²⁾, sagt ausdrücklich, dass sicheres Geleit vom und zum Gericht den „flüchtigen Adeligen“ auf „erfordern“ gegeben werde und behandelt alle Nichtadeligen durchaus nicht anders, wenn es im § 28 *ibid.* sagt: „Alle andre Criminalsachen Unadeliger Personen — haben die Land-Richter Kraft der Schwedischen auch

1) nota b. pag. 56 und 47 L. L. Was aber nicht bloss so zu verstehen, dass der Angeschuldigte nothwendig ausserhalb Landes schon sein muss.

2) *v. Samson* l. c. § 1801, veigl. § 1414.

„Göttlichen Weltlichen und dieser Landen wie auch Völker-Rechten, Macht und Gewalt nach Qualität der Geklagten und „erweislichen, peinlichen Verbrechen (wofern sich die bezügte und angeklagte Personen nicht mit sicher'm Geleite zu „und von den Gerichten, *welches einem jeden freisteht*, versehen) „vor oder nach dem Verhör und der Tortur und Gefängniß „zu verfahren.“

Das Privilegium *Sigismund August's*, auf dessen 18. Artikel sich *v. Samson* ebenfalls beruft, spricht zwar vom *salvus conductus*, aber durchaus nicht als einem, dem Adel standesmässig zustehenden Rechte, denn einmal ist im ganzen Artikel von *nobiles vasalli et quibus alii* die Rede, und dann muss um Zugestehung des Geleits jedes Mal speciel supplicirt werden. Also von standesmässig zuständigem *salvus conductus* kann keine Rede sein; war der Edelmann, statt der Behörde sich zu stellen, geflohen, so kann er immer nur *ex indulgentia principis* von Inhaftirung frei bleiben, und darf dieses Recht nicht mit jener Arrestfreiheit verwechselt werden, welche Bischof *Johann* von Dorpat im Jahr 1540 in seiner Herzensangst ob der, auch seinem Stuhl Umsturz drohenden religiösen Neuerungen ¹⁾ den Edelleuten des Stifts Dorpat, sofern sie nicht auf handbafter That gegriffen, zuzugestehen für gut finden musste. Doch auch dieses *Vorrecht* scheint die neuere Gesetzgebung in gewisse Grenzen zurückdrängen und zwar auf diejenigen Fälle beschränken zu wollen, in welchen auch durch Bürgschaftstellung Befreiung von der Haft eintritt ²⁾. Die den Geistlichen nach älterem Recht zustehende Arrestfreiheit, sofern sie nicht auf

1) Riga zog Klöster ein, der Protestantismus griff rasch um sich und selbst in der Mitte der Diener der Kirche regte sich der bescheidene Wunsch an der Väter Lehren zu zweifeln. *Arndt*, *Livl. Chronik* Thl. II. S. 207 ff.

2) — ihre (der Edelleute) Befreiung vom persönlichen Arrest in *unbedeutenden* Sachen, sind ausführlich in den Gesetzen — über den peinlichen Process enthalten, *Prov. R. Th. II. art. 856*.

frischer That ergriffen wurden¹⁾, scheint durch die neuere Gesetzgebung gehoben zu sein²⁾.

Im Geleitsbrief selbst muss ausser der Dauer seiner Gültigkeit noch angegeben sein auf die Untersuchung, welches angeschuldigten Verbrechens es sich bezieht; denn wenn im Laufe der Untersuchung entdeckt wird, dass der Angeschuldigte noch ein anderes Verbrechen als das bezeichnete begangen, oder wenn während derselben Zeit, der Inculpat ein neues Verbrechen begeht, so kann in solchen Fällen unbedingt Verhaftung eintreten³⁾. Der mit dem Geleitsbrief Versehene ist unter den angegebenen Bedingungen auch gewissermaassen sacrosanctus et inviolabilis d. h. wer sich an ihn während noch schwebender Untersuchung vergriff, wird besonders strenger Strafe unterworfen⁴⁾. Dass der Angeschuldigte übrigens in jedem Stadium des Processes auf sein durch den Geleitsbrief erworbenes Recht verzichten kann, versteht sich von selbst; er wandert alsdann in's Gefängniss.

§ 5.

Wie schon oben angedeutet, findet eine formelle Trennung der General- und Specialinquisition in uns'rem Criminalprocesse statt, da jene von der Polizei, diese von der eigentlichen Criminalbehörde vorgenommen wird. Die Gränze zwischen diesen beiden Acten der Untersuchung ist aber nicht dieselbe wie nach gemeinem Recht, da das nach diesem ein Bestandtheil der Specialinquisition bildende summarische Verhör, hier zur Generalinquisition gezogen erscheint und die Specialinquisition nur das sogenannte artikulierte Verhör enthält. Damit fällt denn

1) Priesterprivilegium vom 1675. cap. 24.

2) Gesetz für die evangelisch-lutherische Kirche in Russland vom 28sten December 1832 § 241 p. 2; darnach tritt Suspension vom Amt ein, „wenn er (der Prediger) wegen dringenden Verdachts eines solchen Verbrechens (Criminal-) vom weltlichen Gericht inhaftirt worden.“ — Vergl. auch § 242 ibid. und Prov. R. Th. II. § 921.

3) Siehe S. 20 Anm. 1.

4) nota a. p. 65 L. L.

auch das hier und da als gemeinrechtlich aufgestellte Erforderniss einer Defension zur Abwendung der Specialinquisition als *den Act*, der den Ausspruch eines dringenden Verdachts gegen den Angeschuldigten enthält, weg¹⁾ und müsste, wenn sonst Gesetze oder Gewohnheit es rechtfertigten vor dem zweiten Act der Generalinquisition hineingeschoben werden, da ja schon die Vornahme des summarischen Verhör's die gefürchtete nachtheilige Verdachtserklärung in sich schliesst, träte aber dadurch in sehr engen Zusammenhang mit dem oben erwähnten Bürgschaftsrecht des Inculpaten, dessen Wirkungen die Defension gegen Einleitung der Specialinquisition mit in sich schliesst. — Unsrer Praxis hat indess nicht den art. 47 C. C. C., nach welchem der Richter auch im Laufe der Untersuchung, was Inculpat oder dessen Freundschaft zum Beweis der Unschuld vorbringt, anhören und seine Zeugen vernehmen soll, der Art aufgenommen und fortgebildet, dass sie eine Defension auch im Laufe der Untersuchung gestattete; eine solche tritt vielmehr erst am Schluss der Specialinquisition ein. Doch davon später.

§ 6.

Parteilichkeit hebt den Begriff der Gerechtigkeit auf und darum ist a priori der Ausdruck „parteiische Rechtspflege“ eigentlich ein nonsens. Aber die Erfahrung spricht mitunter anders und auch sie hat ihre Begründung. Der Mensch hat nun einmal keinen absolut freien Willen, darum unterliegt auch in dem nur nach Gerechtigkeit strebenden Richter der hohe Begriff des Rechts, dessen Pflege seiner Hand anvertraut ist, zu Zeiten, wenn auch vorübergehend, Verwirrungen, die die Reinheit jenes nothwendig trüben und den Nachweis liefern, dass die Gerechtigkeit auch nur annäherungsweise zur Geltung gelangen kann. Dieses letztere zu befördern, verlangt der Staat vom Richter gewisse Requisite, welche Vernunft und Er-

1) Vergl. darüber *Mittermaiers* deutsches Strafverfahren. 4te Aufl. Th. II. S. 253.

fahrung als Garantien für menschenmögliche Gerechtigkeit bezeichnen — zu ebendenselben Behufe erhält der Angeschuldigte das Recht, Gründe vorzubringen, welche in concreto selbst die Möglichkeit eines gerechten Urtheils in Frage stellen, indem sie den Nachweis enthalten, wie die geistige Thätigkeit des Richters sich unter Einflüssen befindet, welchen erfahrungsgemäss auch starke geistige Naturen oft nicht ausweichen können, und welche auf seine, des Angeschuldigten, vorliegende Sache nur nachtheilig einwirken können; m. a. W. es sind die Gründe, welche den Verdacht der Parteilichkeit des Richters rechtfertigen. Erschöpfend hat keine Gesetzgebung solche Gründe aufgestellt, und sie können auch so mannichfach sein, wie die Ursachen menschlicher Schwächen und Leidenschaften überhaupt, — man nennt sie Recusations- (Verwerfungs-) gründe¹⁾. Hier möge nur der allgemeinen, überall zu treffenden und so auch in unseren Gesetzen genannten Recusationsgründe Erwähnung geschehen.

Eignes Interesse des Richters, Schwägerschaft, Verwandtschaft, Feindschaft, Freundschaft²⁾ desselben mit dem oder mit einem von denen, deren Sache seiner Untersuchung vorliegt, sind die Gründe, welche namhaft gemacht werden, ohne dass ihre Zahl damit abgeschlossen erscheint³⁾. Eine ausgedehnte Anwendbarkeit dieses Rechts findet auch in der mehrerwähnten Instruktion der Kaiserin Katharina § 126 eine Rechtfertigung, in welcher es heisst: „Personen, über die grosser Verbrechen wegen Gericht gehalten werden soll, müssen mit Einstimmung der Gesetze sich ihre Richter wählen oder wenigstens, aus der Zahl derselben ihrer so viel verwerfen

1) Vergl. Jahrbuch für Rechtsgelehrte in Russland von E. G. v. Broecker Bd. II. S. 312 ff.

2) Gerichtsprocess bei den Thumbcapiteln c. 8. — l. 10. D. de jurid. l. un. Cod. ne quis in sua causa (3,5).

3) Vorige Anm. und cap. 36 X de appell. (2,28) — — vel ex alia *quacunq*ue *causa suspectus. Ueber die Anwendbarkeit des can. Rechts siehe unten.

„können, dass es scheine, die übrigen seien mit Uebereinstimmung des Verbrechers im Gericht verblieben“¹⁾).

Wie gesagt liegt es in der Natur der Sache, dass die Recusationsgründe nicht erschöpfend angegeben werden können. Wie oft lässt sich aber andrerseits auch über die Gründe nicht gut eine öffentliche Erklärung abgeben, indem diese zugleich eine persönliche Verletzung des Richters enthalten würde, durch ein ungebührliches Aufdecken von Privatverhältnissen, Familiengeheimnissen, sittlichen Gebrechen und dergl. Denken wir, A niedern Standes klagt wider B höhern Standes, dass er ihn durch Worte beleidigt, kennt aber unter den Gliedern des Gerichts, vor welches er seine Sache bringen muss, ein Paar, welchen der Gebrauch solcher Worte, namentlich niedriger stehenden Personen gegenüber, als eine sich von selbst verstehende Erklärungsweise erscheint. Wenn irgend wo, so liegt hier dem A ein legaler Recusationsgrund vor, aber sein Vorbringen wäre nicht nur unpraktisch, sondern auch widergesetzlich; ersteres, weil der Beweis für die Behauptung schwer zu führen und der Recusant demnach noch als Verleumder von den recusirten Gliedern belangt werden könnte; widergesetzlich aber wäre vorliegenden Falls die Recusation, weil ihr Grund, wenn auch factisch erweisbar, doch rechtlich als nicht existent betrachtet werden muss, so lange er nicht auf dem Wege einer Klage von einem Betheiligten geltend gemacht wurde²⁾. In solchen und ähnlichen Fällen müsste Kläger oder Inculpat dem, durch seine Leidenschaft von vornherein bestochenen Richter sich stillschweigend unterwerfen, wenn ihm nicht in dem sogenannten Perhorrescenzeide die nöthige Aushilfe geboten würde. Dieser, in Deutschland durch die Praxis ausgebildete Eid³⁾

1) Vergl. auch § 182 ders. Instruktion. — Es ist dies ein Verfahren, welches an die sortitio und subsortitio zur Zeit der bestehenden quaestiones perpetuae in Rom erinnert.

2) St. G. B. Anm. zu Abthl. 2, c. 6, Th. X.

3) Usualinterpretation des cap. II § 2 in VI^o de rescriptis (1,3). — Glück, Commentar VI. S. 222 ff.

wird also gestattet, wo Inquisit erklärt, seine Recusationsgründe nicht angeben zu können; er schwört dann: dass er gewichtige Gründe habe, welche von dem und dem Richter in der und der Sache Parteilichkeit bei Untersuchung und Urtheil voraussehen lassen. Seine Anwendbarkeit in uns'ren Gegenden ist durch ein Gesetz ausdrücklich anerkannt; denn es heisst im Ukas vom 16ten Januar 1828 p. 2, dass das juramentum perhorrescentiae sich auf canonisches Recht gründe; „dieses Recht „aber ist von den ältesten Zeiten in der evangelischen Kirche, „so weit es ihren Glaubenssätzen nicht zuwider, als Hilfsrecht „angenommen und in Grundlage desselben wurden auch schon „Sachen, wie vom Justizcollegio, so vom dirigirenden Senat „entschieden.“ Der Antrag zur Leistung des Perhorrescenz-eides muss vom Inculpaten vor der Untersuchung geschehen, später nur ausnahmsweise. Hat er dagegen Recusationsgründe vorgebracht, sie aber nicht erwiesen, so kann er alsdann schon nicht mehr verlangen, zum Eide zugelassen zu werden.

Das Recusationsverfahren anlangend, so muss der Recusant seine Absicht den Richter zu verwerfen vor begonnener Untersuchung erklären²⁾, während der Untersuchung aber nur, wenn die Gründe später entstanden oder in Erfahrung gebracht wurden³⁾. Er hat dieselben beim Oerrichter anzubringen und zu erweisen, zu welchem Behufe der Richter, bei dem seine Sache anhängig ist, ihm einen Termin gibt⁴⁾ und bis zu ausgemachter Sache muss der Richter, gegen den excipirt wurde, durchaus

1) Vollst. Gesetzsammlung II. Abth. Bd. III. No. 1711. Es enthält dieser Ukas zwar nur die Entscheidung in einem speciellen Fall, da indess solche decisiones nur dann in die Sammlung aufgenommen wurden, wenn sie zur Anwendung für ähnliche Fälle promulgirt wurden (vergl. ebendas. I. Abth. Bd. I. Vorr. S. XIX. P. 3), so steht der Allegirung vorstehenden Ukases als allgemeiner Rechtsnorm nichts entgegen.

2) L. O. pag. 42 u. 43.

3) cap. 25. X. de officio et pot. jud. del. (1,29). — cap. 4. X. de except. (2,25).

4) Verweigert der Richter den Termin, so geht die Klage drüber an den Oerrichter. R. R. pag. 92.

sich jeder Einmischung in den Process enthalten¹⁾. Dass aber der Richter, wenn Gründe die sich zu seiner Recusation eignen dürften, vorliegen, ohne deren Geltendmachung zu erwarten, von sich aus schon sie berücksichtigen, resp. seine richterliche Thätigkeit im vorliegenden Fall suspendiren müsse — wäre doch nicht zu behaupten. *v. Richter* in seinem Strafprocess sieht diese Verpflichtung der Richter, selbst zurückzutreten in der allgemeinen Vorschrift begründet, dass Nullitäten ex officio zu berücksichtigen sind²⁾. Aber daraus, dass Recusationsgründe nicht geltend gemacht werden, entspringen gar nicht Nullitäten, wenigstens nicht nach positivem Recht³⁾ und mit Recht, denn wie sollte gradezu als *gewiss* angenommen werden, dass die Pflicht des Richters zur Wahrheit und Gerechtigkeit, wo sie mit allerhand Liebespflichten oder bösen Regungen in Collision kommt, durch diese in den Hintergrund gedrängt und vergessen gemacht würde! Erst wenn diejenigen, die das Hauptinteresse an dem gerechten Urtheil des Richters haben, der Staat (durch seinen Fiscal) oder der Angeschuldigte erklären, dass sie den Richter für nicht stark genug halten, im Kampf zwischen Pflichtgefühl und bösen oder schwachen Neigungen siegreich zu bestehen, erst *dann* verlangt die Billigkeit, nicht die Gerechtigkeit, dass der Richter abtrete. Etwas andres wäre es, wenn man das russische Recht hier hineinziehen wollte, denn dieses verordnet allerdings, dass Richter, die mit dem Angeschuldigten verwandt oder verschwägert sind, nicht warten sollen, bis sie vom Inculpaten recusirt werden, sondern selbst zurücktreten sollen, sagt aber dann auch weiter, dass das Vorhandensein aller sonst etwa eine Recusation rechtfertigenden Gründe nicht vom Richter ex officio berücksichtigt werden dürfen, da diess leicht einen Missbrauch herbeiführen und einen bequemen

1) R. R. pag. 38.

2) *v. Richter* I. c. Th. I, § 40 und Th. II, § 45 Anm. 1.

3) nota b. pag. 382 ff. L. I.

Richter veranlassen dürfte, sich den Mühen einer langwierigen Untersuchung zu entziehen ¹⁾).

In der Zahl der zu recusirenden Richter ist Recusant nicht beschränkt ²⁾ und ebensowenig im Gebrauch dieses Rechts in der höhern Instanz ³⁾).

Sind die vorgebrachten Gründe für hinreichend erheblich erkannt, so hängt die weitere obrichterliche Thätigkeit davon ab, ob nach Entfernung des oder der Recusirten im Collegio noch eine hinreichende Anzahl Glieder vorhanden sind ⁴⁾, wo dann nur der Recusirte angewiesen wird, sich von der Untersuchung und Entscheidung vorliegenden Falles entfernt zu halten, oder aber, ob durch die Recusation eine Lücke in der gesetzlich erforderlichen Anzahl Gerichtsglieder entstand, da in diesem Fall der Obrichter den oder die fehlenden durch Delegirte ersetzt ⁵⁾. Wenn die vorgebrachten Recusationsgründe dagegen für nicht genügend befunden wurden, verfällt Inculpat — wenigstens wenn die exceptiones gegen Hofgerichtsglieder gerichtet waren, — in eine Geldstrafe ⁶⁾. Dieses Recusationsrecht mit dem gemeinen Recht sowie nach Vorgang mancher Gesetzgebungen auch gegen den Secretaire (Aktuar) der Behörde zuzulassen, wäre — abgesehen von dem Schweigen der Gesetze über diesen Punkt — insofern überflüssig, als die Stellung unsres Secretairs keineswegs an Selbstständigkeit und Unabhängigkeit der des gemeinrechtlichen Actuars gleichkommt. Die Aussagen

1) Swod der Reichsgesetze Bd. XV art. 1168.

2) nota a. pag. 376 L. L. Vergl. auch die angeführten Stellen aus der Instruk. der Kaiserin *Katharina* und *Böhmer ad Carpozovium* qu. 116 obs. 3.

3) nota g. pag. 78 L. L.

4) Zur Urtheilsfällung in Criminalsachen ist im Hofgericht die Anwesenheit von vier, im Landgericht die aller Glieder erforderlich. Prov. R. Th. I. art. 335 und 378.

5) c. 12. Cod. de judiciis (3,1). Das nach der Kammergerichtsordnung von 1555, II. 29. § 1 der Oberbehörde gestattete Ansiehziehen der Untersuchungssache fällt wol als unzweckmässig hier weg.

6) nota g. pag. 78. L. L.

der Vernommenen muss der Secretaire möglichst mit ihren eigenen Worten niederschreiben, sie ihnen dann vorlesen und von allen Anwesenden, also auch von dem Inculpaten unterzeichnen lassen, welcher letzterer mit seiner Unterschrift eben die Uebereinstimmung des Niedergeschriebenen mit seinen Aussagen bekräftigt ¹⁾. Die Verwerfung oder Beibehaltung der Zeugen steht nicht in der Macht des Inculpaten, da der im Criminalprocess die materielle Wahrheit erforschende Richter selbst von sich aus schon verpflichtet ist, den inhabilen oder verdächtigen Zeugen zu entfernen ²⁾).

§ 7.

Neben dem Recusationsverfahren oder doch gleich nach seinem Schluss, beginnen die Verhöre. Die mannigfachen gesetzlichen Vorschriften, welche während derselben sowie während der übrigen auch auf Erforschung der materiellen Wahrheit gerichteten richterlichen Thätigkeit den Inculpaten vor jeglicher Willkür zu schützen sich bestreben, können hier keine weitere Erörterung erfahren, da das über den Zweck vorliegenden Schriftchens hinausgehen würde. Ueberlassen wir also den Inculpaten vertrauensvoll den Händen des Inquisitors und um so vertrauensvoller, als wir selbst noch vor der Urtheilsfällung ein Mittel haben, sein Verfahren einer Kritik zu unterwerfen. Dieses Mittel ist die formelle Defension ³⁾. Man versteht darunter das, durch einen nicht zum Personal des Gerichtshofes gehörigen Rechtsgelehrten ausgeführte schriftliche (oder mündliche) Vorbringen der, zu Gunsten des Inculpaten sprechenden Gründe und setzt sie der materiellen Defension d. h. der pflichtmässigen Berücksichtigung aller zur Entschuldigung oder

1) v. *Samson* l. c. § 1611 ff.

2) Als Informationszeugen können sie jedenfalls benutzt werden.

3) Das Neueste über diesen Gegenstand in Bezug auf unsre Provinzen in *Osenbrüggen's* Theorie und Praxis des liv-, ehst- und curländischen Criminalrechts. Lief. 2. S. 97 ff.

Rechtfertigung des Inculpaten dienenden Umstände durch den Richter entgegen.

Bei der formellen Defension unterscheidet das durch die Praxis entwickelte gemeine Recht¹⁾: 1) Haupt- und Nebenvertheidigung, jene als am Schluss der Untersuchung, vor dem Endurtheil, diese als gegen jeden dem Inculpaten nachtheiligen Untersuchungsact vorzunehmen und 2) eine freiwillige und nothwendige, wo dann der Gebrauch der ersteren von der Willkür des Inculpaten abhängt, die zweite aber ohne Rücksicht auf den Willen des Angeschuldigten eintritt. Diese Unterscheidungen müssen wir bei uns wol fallen lassen, einmal, da bei uns keine Praxis ihre Anwendung rechtfertigt, dann aber auch, weil ihrer nachträglichen Reception sich manche beachtenswerthe Gründe entgegenstellen dürften. Wir halten nur an der, auf unser geschriebenes Recht gegründeten, freiwilligen Hauptvertheidigung. Dass die Praxis dieses Institut nicht entwickelte, hat bei uns, wo sie fast die ganze Rechtsbildung leitete den schlimmsten Erfolg gehabt d. h. das vollständige Verschwinden desselben aus dem Untersuchungsprocess bewirkt. Was aber eine missbräuchliche Praxis geschaffen, ist eben nur als rechtlich gar nicht vorhanden anzusehen: „hundert Jahr Unrecht ist keine Stunde recht.“ Den livländischen Criminalprocess, wie ihn *v. Richter* darstellt, trifft mit Recht der im Allgemeinen ausgesprochene Vorwurf, dass er nicht unterschieden, das, was ist, von dem, was sein soll und dass er einzelne Bestimmungen, ganze Einrichtungen, die hier nie existirten oder doch schon durch entgegenstehende Gesetze oder die Praxis gehoben sind, uns als in voller Blüthe gibt²⁾; der Vorwurf bezieht sich aber nicht auf die Darstellung von Rechtsinstituten, welche hier sein sollten, einem unbegreiflichen Schlendrian nach, aber nicht sind und dazu gehört die

1) *Mittermaier* I. c. Th. II. S. 253 f. und S. 622.

2) *Osenbrüggen* I. c. die Vorrede a. E. Vergl. auch *Schneider's* Jahrbücher für deutsche Rechtswissenschaft. 1848. Juliheft S. 655.

formelle Defension. Freilich kann das Gewohnheitsrecht geschriebenen Gesetzen derogiren¹⁾, wie ja auch ein Blick in unser Provinzialrechtsleben nachweist, aber es kann es doch nur in dem Fall, wenn es vernünftig und nothwendig war; dass es aber das in Bezug auf die formelle Defension gewesen, wird schwerlich bewiesen werden können. Man hat auch hie und da in Deutschland das Institut der förmlichen Vertheidigung auf die blosse Hauptvertheidigung beschränkt, aber dabei doch versucht, durch Gründe dieses Verfahren zu rechtfertigen, indem man vorgibt, dass der Defensor leicht durch Acteneinsicht und Unterredung mit dem Inculpaten während der Untersuchung die Thätigkeit des inquirenden Richters hemmen, namentlich den Inculpaten von Ablegung des Geständnisses abrathen könnte und dergl. — Möglich, dass die Erfahrung solche Bedenken und weiter die Hintansetzung der Nebenvertheidigung entschuldigt²⁾. Die Hauptvertheidigung aber einer leidigen Bequemlichkeit willen im stricten Widerspruch mit den Forderungen der Gerechtigkeit abschaffen — das wird sich wol nicht entschuldigen, um wie viel weniger rechtfertigen lassen. Denn unmöglich kann es eine wahre Entschuldigung genannt werden, wenn die Gerichtshöfe einwenden, dass Ueberhäufung von Geschäften, namentlich Untersuchungsarbeiten, sie hindern, auf die Ausübung der gesetzlich gebotenen, formellen Hauptvertheidigung zu wachen³⁾. Eine gute Defensionsschrift erleichtert und kürzt eher die Mühen der Richter, da eine tüchtige Relation und ein gerechtes Urtheil über eine von allen Seiten betrachtete Sache leichter und rascher abgefasst werden kann, als über eine mehr oder weniger, doch einseitig dargestellte. Die oft vorkommenden Zurücksendungen der Acten von der urtheilenden an die unter-

1) — — Quare rectissime etiam illud receptum est, ut leges non solum suffragio legislatoris, sed etiam tacito consensu omnium per desuetudinem abrogentur. I. 32. § 1. D. de legibus. Vgl. *v. Bunge's* Priv. R. Th. I, § 13.

2) *Mittermaier* I. c. Th. II. S. 257.

3) *Osenbrüggen* I. c. S. 101.

suchende Behörde zur Ergänzung oder auch die Vermittlung solcher durchaus nothwendig scheinender Erklärung über verschiedene, namentlich den Inculpaten entschuldigende Thatsachen durch Schriftwechsel der Oberbehörde — diese zeitraubenden und wahrhaft störenden Handlungen fielen bei einer schon von der untersuchenden Behörde zu berücksichtigenden Defensionschrift grösstentheils weg.

§ 8.

Der Anwendung unsrer Quelle der peinlichen Gerichtsordnung art. 88 und 90 steht also keine derogirende Gewohnheit entgegen, ebensowenig aber auch ein Gesetz; somit ist also die rechtliche Existenz der förmlichen Defension bei uns nicht zu bezweifeln. Wol aber stehen ihrer unmittelbaren Anwendung in foro die veränderten Zustände der Gegenwart entgegen. Unmöglich kann man das Institut qu. nach dem Jahrhunderte langen Schlaf, in den die Praxis es gelullt, sowie es da im Gesetzbuch ist, zur Thätigkeit für die Gegenwart aufrufen, wozu wir nach Obigem berechtigt wären. Da bliebe uns nun weiter nichts übrig, als es aufzustören aus seiner unnatürlichen Ruhe und sein lichtscheu gewordenes Auge allmählig an den Glanz der modernisirten fora zu gewöhnen und ohne sein Wesen zu zerstören, seine Form den gegenwärtigen Verhältnissen anzupassen. Wir müssten, sage ich, die förmliche Vertheidigung, so in der Kürze, ihre Geschichte künstlich durchleben lassen, wenn wir sie nicht auf dem Wege natürlicher Entwicklung vollgewachsen, zwar unter einem andern Himmel, aber unter Bedingungen anträfen, die kein Bedenken tragen lassen, sie, wenn auch mit den nöthigen Modificationen, in die Gegenwart unsres Provinzialrechtslebens wieder zurückzuführen.

Es ist ein Recht des Inquisiten, am Schluss der Untersuchung sich einen rechtsgelehrten Defensor zu erbitten, der, ohne die Wahrheit zu verletzen, im Interesse der Gerechtigkeit auf alles Dasjenige aufmerksam macht, was zu Gunsten des Inculpaten spricht. Inquisit trägt seine Bitte derjenigen Behörde vor, bei

der er in Untersuchung und welche nun dem erwähnten Defensor eine dilatorische Frist setzt, innerhalb welcher er die Vertheidigung des Inculpaten schriftlich auszuführen und einzureichen hat, und während welcher ihm Acteneinsicht und Unterredung mit dem Inculpaten gestattet sein muss. In der Schrift trägt nun derselbe auf die etwa nöthige Actenergänzung an, greift den Anschuldigungsbeweis an und führt den Entschuldigungsbeweis ¹⁾. Ein Rechtsgelehrter und zwar aus der Zahl der, bei der untersuchenden Behörde practicirenden Advokaten, wird der Defensor wol sein müssen, denn die Empfehlung der Carolina, einen Beisitzer (Schöffen) oder in Anleitung der mehrerwähnten Instruction an die Gesetzcommission, den jüngsten Beisitzer des Gerichts zu wählen ²⁾, ist bei gegenwärtiger Gerichtsverfassung unpraktisch. Die formelle Defension würde aber auch ferner bloss auf die Hauptvertheidigung zu beschränken sein, da nur von einer solchen die peinliche Gerichtsordnung spricht und auch aus den oben angeführten, wol hörbaren Gründen, welche auch manche Gesetzgebung schon berücksichtigte ³⁾, der Wegfall der Nebenvertheidigung nicht zu beklagen sein.

Wünscht der Defensor eine Actenergänzung und die Behörde berücksichtigt diesen Wunsch nicht, so kann, wenn die Untersuchung gesetzlich einer Revision unterliegt, keine besondre Querel darüber einzureichen dem Defensor gestattet werden, wol aber kann, wenn die Sache ihrer Natur nach nicht zur Revision an die Oberinstanz gebracht wird, jene Nichtberück-

1) Das Genauere über den Stoff und dessen Anordnung in einer Defensionschrift s. bei *Mittermaier*: Anleitung zur Vertheidigungskunst im Criminalprocess, 4te Aufl. Landshut 1845, und die sonst zahlreiche Literatur über diesen Gegenstand

2) Instr. der Kaiserin *Katharina* § 117: „Es gibt Leute, welche dafür halten, dass der jüngste Beisitzer eines jeden Gerichts seiner Pflicht nach den Beklagten vertheidigen könne, wie z. E. bei uns der Fährich bei der Compagnie. Hieraus würde noch ein andrer Nutzen erwachsen, nämlich dass der Richter in seinem Amte viel geschickter werden würde.“

3) Anders *A. v. Richter* l. c. Th. I. § 35.

sichtigung Veranlassung einer Appellation oder Nichtigkeitsbeschwerde werden ¹⁾).

In einem Falle indess scheint die formelle Defension für den Inculpaten beschränkt und zwar dann, wenn ein, mit den nothwendigen Requisiten versehenes Geständniss von ihm abgelegt war. Hier nämlich kann der eingeständige Inculpat nur dann den gewünschten Defensor zugetheilt erhalten, wenn er dem Richter Gründe angibt, die seine Strafbarkeit mindern oder aufheben ²⁾ und deren Haltbarkeit der Richter erst zu prüfen und dann zu bestimmen hat, ob deren Erweis der Thätigkeit eines Defensors anvertraut werden solle.

Es war bis hiezu bloss von der freiwilligen Hauptvertheidigung die Rede, als derjenigen, welcher allein in unsern Quellen Erwähnung geschieht; indessen möchte es jedenfalls nicht überall unpraktisch sein, namentlich in den Fällen schwerer Anschuldigungen, dem, sich seines Rechts, einen Vertheidiger zu wählen, etwa begebenden Inculpaten, vom Gericht einen Vertheidiger zu bestellen. Die Stellung dieses sogenannten nothwendigen Vertheidigers wird aber immer eine bedeutend schwierigere sein, da mit eine Hauptquelle, welche ihm Stoff liefern soll: die Unterredung mit dem Inculpaten, in den meisten Fällen für ihn nichts absetzen wird; denn der Inculpat, der sich nun einmal aus irgend welchen Gründen, nicht vertheidigen lassen will, wo er das Recht dazu hat, wird dem ihm aufgedrungenen Vertheidiger um so weniger geneigt sein vertrauliche Mittheilungen zu machen. Jedoch gelingt es zuweilen einem redlichen Willen, sich auch da Vertrauen zu verschaffen, wo ein solches ihm anfänglich versagt wurde. Darum möchte es wünschenswerth erscheinen, dass überhaupt die Behörde den Eintritt der nothwendigen Vertheidigung von der Bedingung abhängig mache, dass der Defensor das Vertrauen des Inquisiten erlangt hat.

1) siehe unten.

2) C. C. C. art. 151 — 154.

Damit würde sich aber die, ihrem Ursprunge nach *nothwendige* Vertheidigung, thatsächlich in eine *freiwillige* verwandeln — und sie muss das, wenn nicht die Möglichkeit einer absichtlichen Täuschung von Seiten des Inculpaten immer vorhanden bleiben, damit aber die Bedeutung einer formellen Defension theilweise zerstört werden soll.

§ 9.

Hat nun der Defensor seine Vertheidigungsschrift eingereicht und dessen Inhalt die nothwendige Berücksichtigung gefunden, so werden die Acten geschlossen und die Bepfückung der ganzen Sache beginnt, deren Ergebniss eine verschiedene sein kann; denn entweder zeigt sich die völlige Unschuld des Inculpaten, wo dann ein freisprechendes Urtheil erfolgt; oder es erscheint derselbe als der angeklagten, verbrecherischen Handlung schuldig, worauf die Verurtheilung folgt, oder endlich, es kann das Gericht dem Angeschuldigten nicht den vollen, von den Gesetzen verlangten Beweis der Thäterschaft liefern, in welchem häufigen Fall die Praxis zur sogenannten absolutio ab instantia ihre Zuflucht nimmt ¹⁾, d. h. den Inculpaten zwar freilässt, aber mit dem Fluch belegt, den Verdacht eines Verbrechens mit sich durchs Leben, oder so lange zu schleppen, bis die Wahrheit von selbst an's Licht kommt. Auf je höherer Stufe sittlicher Bildung der Arme steht, der mit solcher richterlicher Empfehlung aus der Untersuchung in die bürgerliche Gesellschaft zurücktritt, um so vernichtender muss diese Art Freilassung auf ihn wirken, um so mehr muss er das Drückende des, auf ihm lastenden, unabwälbaren Verdachts fühlen, den er in jeder Miene, in jeder Handlung seiner Mitmenschen abgedrückt zu sehen glaubt; er ist nicht mehr, was er vor jenem Urtheil war, er muss aber werden, was er noch nicht war: ein

1) Die Monstrosität dieses Instituts ist gründlich nachgewiesen in *W. v. Bock's* die Lossprechung von der Instanz u. s. w. Supplementheft zu den theoretisch - praktischen Erörterungen. Dorpat 1846.

Unglücklicher, oder ein Verbrecher. Doch die Lossprechung von der Instanz ist einmal da und wird da bleiben, solange der Boden steht, auf dem sie wucherte: die gemeinrechtliche Beweis-theorie, von deren Mangelhaftigkeit sie die nothwendige Folge ist. Ein aussergerichtliches Geständniss, ein Zeuge und dergl. (auch halber Beweis genannt) reichen, oft noch durch unendlich viele kleine Indicien verstärkt, hin, uns die volle, moralische Ueberzeugung von der Schuld des Inculpaten zu geben — die juridische dürfen wir aber nicht haben. In solchen Fällen waschen wir unsere Hände in Unschuld, und — absolviren von der Instanz, wir sprechen damit das „schuldig“ der Geschwornen und mag sich Inquisit es selbst beimessen, wenn er zwischen Geständniss und Strafe auf der einen, Leugnen und Verdächtigerklärung auf der andern Seite, so und nicht anders wählte. Es ist nichts so unser Rechtsgefühl verletzend, als wenn wir völlig von der Schuld des Inculpaten überzeugt, ihn doch freisprechen sollen. — Unter moralischer Ueberzeugung darf übrigens hier kein dunkles, subjectives Gefühl des Richters gedacht werden, ich könnte daher mich deutlicher so ausdrücken: auf Lossprechung von der Instanz erkennt man in den Fällen, wo, wenn Verurtheilung auf Indicien gestattet wäre, diese eintreten würde. Aber hiermit sind diesem nothwendigen Uebel auch seine Grenzen gesteckt, über die es jedoch leider nur zu oft hinausstürmt ¹⁾. Dem letztern vorzubeugen und die Lossprechung von der Instanz möglichst zu beschränken, dazu glaube ich, finden wir ein anwendbares Mittel in dem *Reinigungseide* ²⁾, dessen Geschichte hier des Zusammenhanges wegen kurz Erwähnung geschehen muss.

1) Mir ist ein *judicium* bekannt, bei dem freisprechende Urtheile etwas Unerhörtes sind; hatte kein „schuldig“ gesprochen werden können, so fand sich schon immer soviel *Ahnung* eines Verdachts, dass der Angeeschuldigte „*deliberatis deliberandis ab instantia absolvirt*“ werden konnte.

2) *Biener*, Beitrag zur Geschichte des Inquisitionsprocesses, Leipz. 1827, S. 20 ff. und *Abegg*, historisch-praktische Erörterungen aus dem Gebiete des strafrechtlichen Verfahrens, Berlin 1833, erste Abhandlung.

Altgermanische, vielleicht schon vorchristliche Gewohnheit gab dem, eines Verbrechens Angeschuldigten (*infamatus*) das Recht, sich von der Anklage loszuschwören; nur bedurfte er dazu in der Regel der sogenannten *Eideshelfer* ¹⁾, welche schwören mussten, dass man dem Eide des Angeklagten trauen dürfe. Mit Widerstreben genehmigte die Kirche erst bei Laien, dann auch bei Geistlichen die Anwendung dieses Eides ²⁾. Seitdem aber der Inquisitionsprocess Eingang und rasche Verbreitung fand, änderte allmählig sich das Wesen des *Reinigungseides* ³⁾; war es früher ein Recht des Verbrechers, so wird es jetzt ein Mittel in den Händen des Inquisitors, dessen Gebrauch als Wahrheits-Erforschungsmittel durch Einwirkung auf das Gewissen des Angeklagten, ihm in *subsidium* freistand. Doch wie gesagt, dieses Verschwinden geschah allmählig und im *Sachsenspiegel* gilt noch der ursprüngliche *Reinigungseid*, und so brachten denn, als *Livland* colonisirt wurde, die Einwanderer den *Reinigungseid* noch in seiner altgermanischen Gestalt mit, wie wir ihn denn auch in dem, aus dem Ende des 15ten Jahrhunderts stammenden *Rigischen Recht* und in dem ältesten *Ritter-Recht* finden ⁴⁾, welches letztere noch vorschreibt, dass die *Eideshelfer* vorzugsweise aus des Stiftes *Mannen* zu nehmen seien, während das wol bald darauf aufgezeichnete sogenannte *Mittlere Ritter-Recht* das Institut qu. uns schon in eingeschränkter Form vorführt, indem *Reinigungseid* und *Eideshelfer* in ihm zwar

1) *Wächter*, Beiträge zur deutschen Geschichte, insbesondere zur Geschichte des deutschen Strafrechts (Tübingen 1845) S. 69 fg. Der *Reinigungseid* kommt auch ohne *Eideshelfer* vor.

2) Vergl. das bei *Biener* l. c. S. 25 angeführte capitulare vom Jahr 803.

3) *Biener* datirt diess von *Innocenz III.* (Saec. XIII).

4) *Oelrichs*che Statuten Thl. 6, c. 3. *Mach men en nicht verwinnen, so sall he sick entschuldigen mit VI besetzten erliken Mannen*; vergl. Thl. III, cap. 8 *ibid.* — Ältestes *Ritter-Recht* § 57, es sollen dem des *Todtschlags* Angeklagten aber nicht Ueberführten 6 gute *Biederleute* helfen sweren.

vorkommen¹⁾, aber doch nur dann von einem Inculpaten gebraucht werden können, wenn er noch nicht früher gewisser Verbrechen angeklagt gewesen war; wenn er dagegen schon einmal des Diebstahls, Raubes, Mordes, Kirchenraubes, Verätherei, Vergiftung und Zauberei überführt worden oder dafür gebüßt hatte, so konnte er sich durch Eidesleistung schon nicht mehr befreien; es lag ihm in solchen Fällen vielmehr ob — wenn anders er noch unüberführt war²⁾ — durch die Eisenprobe oder die des siedenden Wassers seine Unschuld darzutun³⁾. Die Eideshelfer standen immer nur dem Angeklagten zur Seite und dürfen nicht mit den Personen verwechselt werden, welche durch ihren Eid die Anklage unterstützten und eigentlich Zeugen der That sind, und bei deren Vorhandensein die Eideshelfer wegfielen⁴⁾, wie diess deutlichst aus den hierher gehörigen Artikeln der Ritter-Rechte ersichtlich. Der Angeklagte, der seine Schuld leugnet, muss 6 von seines Stiftes Mannen (sülff sövende) vorstellen, die ihm „helpen sweren.“ Es können aber auch andre, als des Stifts Mannen, doch Biederleute, auftreten, die ihm „helpen sweren, dat he des rades unde dades unschuldich sy;“ das kann doch nur heissen: sie schwören, dass sie den Angeklagten für unschuldig halten oder dass sie, wenn er schwört, von seiner Unschuld überzeugt sind — also immer ein juramentum de credulitate; sie waren, nur mit bedeutend grösserer Wirksamkeit, das, was heutzutage die testimonia morum sein sollen. War die That dagegen eine handhafte oder hatte Kläger nur die Möglichkeit 7 Mann zu

1) M. R. R. c. 85, c. 233, wo von den Eideshelfern gesagt wird, dass sie helfen wehren, siehe darüber v. *Helmersen*, Geschichte des livländischen Adelsrechts § 44 Anm. 11.

2) Denn war die That eine handhafte oder der Beklagte durch Zeugen der angeschuldigten That überführt, so konnte er zu keiner Reinigung zugelassen werden; M. R. R. XV. Schuldiget men einen man — des entgeit he mit syner unschult, wat man överst under em bewisen mach, dar moth he vor antworten, ane unschult.

3) M. R. R. cap. 38, vergl. auch c. 131.

4) S. aber auch v. *Helmersen* l. c. § 118.

stellen, die da schworen, wie sie „wahrlich wissen, dass der Angeklagte den Kläger in seinem Hofe oder in seinem Hause geschlagen,“ also konnten sie ein einfaches Zeugniß ablegen — ein juramentum de veritate leisten, so trat sofort Bestrafung des Angeklagten ein¹⁾. Hatte der Angeschuldigte durch den Eid sich gereinigt, so mussten Bischof und Richter ihm „Friede wirken bei dem Halse²⁾“; schwor er dagegen den Eid nicht, oder konnte nicht die nöthigen Eideshelfer stellen, so galt er für überwunden, welcher letztere Fall wol nur dann vorkam, wenn der Angeschuldigte geflohen war³⁾.

Hatte nun das mittlere Ritter-Recht den Gebrauch des Reinigungseides nach einer Seite hin beschränkt, so erweiterte es andererseits denselben, indem es dem Angeschuldigten den Eid auch allein, ohne weitere Erwähnung der Eideshelfer gestattete⁴⁾ und in diesen beiden Formen mit und ohne Eideshelfer geschieht seiner auch in den Bauerrechten dieser Zeit Erwähnung, welche verordnen, dass, wenn der Bauer des Diebstahls zum ersten Mal angeklagt wurde, er sich *allein* reinigen dürfe; kommt er zum zweiten Mal eines solchen Verbrechens angeschuldigt vor Gericht, so durfte er nur mit Eideshelfern sich losschwören; bei der dritten Anklage tritt Anwendung der

1) A. R. R. c. 57 und 58. — M. R. R. c. 85 und 86. — Umg. R. R. Buch III, c. 2.

2) Warum *Wächter* in seinen ausgezeichneten Beiträgen zur deutschen Geschichte, insbesondere zur Geschichte des deutschen Strafrechts (Tübingen 1845) S. 266 dieses *Recht* des Angeschuldigten sich losschwören, deshalb auch eine *Pflicht* desselben, nennt, weiss ich nicht.

3) Vergl. Dr. *Paucker*, die Quellen der Ritter-, Lehn- und Landrechte Liv- und Ehstlands (Dorpat 1845) S. 191 Anm. a.; ohne auf handhafter That gegriffen zu sein oder ohne sich durch den Eid reinigen zu können und zu wollen, wird wol kein Angeschuldigter so leicht vor Gericht gekommen sein.

4) M. R. R. c. 15. Schuldiget men einen man umb datjene (versetztes) des he nicht enheft, des entgeit he myt syner unschult, und c. 19. De einen man vor gerichte beschuldiget, unde em de Richter tho rechte antworten, wil he nicht antworten, he entrede sick mit rechte, da he tho rechte nicht antworten schall.

Eisenprobe und dergl. ein ¹⁾. Es ergibt sich also, dass gegen den Schluss der angestammten Periode der Reinigungseid in seinem ursprünglichen Sinne mit und ohne Eideshelfer vorkommt und ausgeschlossen ist in solchen Fällen, wo der Leumund des Angeschuldigten kein guter mehr genannt werden konnte und die Möglichkeit eines Meineides nahe lag, was in Bezug auf Bauern erst bei der dritten Anklage, bei andern schon bei der zweiten angenommen wurde.

Diess scheinen auch die letzten directen Zeugnisse aus der angestammten Periode für Vorkommen der Eideshelfer zu sein und in der bei *v. Helmersen* angeführten Stelle aus *Fabri's* formulare, möchte ein solches sich nicht finden, da dort vielmehr nur von sieben Zeugen die Rede ist, durch deren eidliche Angaben über den ungestörten Besitz eines Grundstücks während der gesetzlichen 36 Jahre, der Beklagte sich vor der Vindication desselben schützt ²⁾. Die Zulassung des Reinigungseides auch ohne Miteidiger scheint als das bequemere Schutzmittel die letztern immer mehr und mehr in den Hintergrund gedrängt zu haben. Dessen ungeachtet blieb der Eid ohne Helfer, was er auch mit denselben gewesen war: ein Recht des Angeschuldigten; welches Festhalten am altgermanischen Princip wir wol Livland's Unbekanntschaft mit den Lehren der Italienischen Practiker verdanken.

§ 10.

Noch auf das erste Jahrhundert livländischer Abhängigkeit erbten sich Reinigungseid und Eideshelfer nach der bisherigen Auffassungsweise fort, bis die Gesetzgebung dieses gewohnheitsrechtliche Institut aufhob. Die Strafordnung der Königin *Christina*

1) *Bunge*, Beiträge zur Kenntniss der Rechtsquellen Liv-, Ehst- und Curlands. Riga u. Dorpat 1832. Dritter Anhang I, §§ 8 u. 16. II, § 15. *Paucker* l. c. S. 86 p. 10. Vergl. *Wächter* l. c. S. 71 ff.

2) *v. Helmersen* l. c. § 151 Anm. 20. *Fabri's* formulare bei *Oelrichs* S. 234.

vom Jahre 1653 § 4 ¹⁾ regelt noch den Gebrauch des Reinigungseides, welcher „nach den beschriebenen Rechten oder ex officio judicis, zur Befreiung von der Anklage, geleistet wurde“ ²⁾ und verbietet die Miteidiger juramenta de veritate schwören zu lassen, weil dabei „Seelengefahr vorhanden“ und verordnet, dass Inculpat allein de veritate „die andern Eidesmänner aber, die mehr um sein Leben und Integrität zu attestiren wissen, das juramentum credulitatis praestiren“ sollen. Dass der Eid der Miteidiger aber jemals bei uns de veritate geleistet worden, darf aus dieser Verordnung nicht entnommen werden ³⁾. In Schweden freilich konnte man durch althergebrachte fehlerhafte Stäubung des Miteides auf die Vermuthung kommen, darin ein juramentum de veritate zu sehen ⁴⁾ und meinte nur, da es in Livland auch Miteidiger gab, dass dort ein Gleiches der Fall. Verschiedene Cautelen bei diesem Eide schreiben auch die Richter-Regeln vor, als: dass die Miteidiger unbescholtene Leute sein und der Ankläger einigen Beweis für sich haben müsse! ⁵⁾

Durch eine Verordnung wegen Eidesleistung vom Jahr 1695 endlich werden im ganzen Lande die Miteidiger abgeschafft ⁶⁾ und von dem Angeklagten allein der Reinigungseid verlangt, dessen Natur aber auch fast ganz in der Art verändert wurde, wie wir es nach Obigem schon früher in Deutschland durch Gesetze und Praxis geschehen sahen, d. h. die schwedische Gesetzgebung zerstört den Reinigungseid als eigenthümliches

1) Livl. L. O. pag. 96.

2) Zwar sagt eine Stelle in dieser Strafordnung, dass auch durch die Praxis die Natur des Reinigungseides zerstört worden; indess ist hierbei zu bedenken, dass die Strafordnung für's ganze Reich erlassen worden und unter der angezogenen Praxis wol eher die in Schweden übliche, als vorzugsweise die livländische gemeint sein dürfte.

3) *Jakob Grimm*, deutsche Rechtsalterthümer S. 860.

4) Die Miteidiger in Schweden schworen, dass des Angeschuldigten Eid „rein und nicht falsch sei“ oder „wahrhaftig und ohne Falschheit“ L. O. pag. 96. Vergl. Richter-Regeln § 27; siehe auch oben pag. 38.

5) Richter-R. § 27.

6) nota c. pag. 239 und nota b. pag. 310 L. L.

Recht des Inculpaten und macht daraus ein Wahrheitserforschungsmittel in den Händen des Richters; es gebietet dem Richter zu prüfen, ob Verdachtsgründe gegen den Inculpaten hinreichend vorhanden, die dieser nicht widerlegen kann, die aber auch zu einer Verurtheilung nicht genügen und dann, ob Inculpat guten Lemmund's und von ihm kein Meineid zu befürchten sei in solchen Fällen soll dann der Richter ihm den Eid aufliegen; leistet ihn der Angeklagte, so ist er frei, im entgegengesetzten Fall verfällt er einer ausserordentlichen Strafe¹⁾.

Vorstehende Bestimmungen des schwedischen Rechts wurden von der Praxis in Livland recipirt und es fragt sich nur, ob dieselbe zur Zerstörung des Charakteristischen an unserm Reinigungseide berechtigt war?

Ich verwahre mich jedoch dagegen, absolut als Vertheidiger des Reinigungseides angesehen zu werden. Wer könnte verkennen, dass, wo Fragen über Leben und Tod, Freilassung oder schwere Strafen durch seine Ableistung entschieden werden sollen, seine Zulassung bloss in Versuchung führen hiesse mein eidig zu werden²⁾. Aber es gibt mehr Fälle, wo Jemand eines Verbrechens beschuldigt wird, auf welches eine geringfügigere Strafe steht und wo nicht leicht angenommen werden darf, dass ein bisher als ehrenwerth anerkannter Mensch sich vor ihr durch einen Meineid wird retten wollen. In solchen Fällen wäre es doch grausam, dem durch unglückliche Verkettung von Umständen in Verdacht Gekommenen das letzte Zeugniß, welches er für seine Unschuld bringen kann: seine Aussage mit Berufung auf *Gott* und sein *Gewissen*, ihm zu nehmen³⁾. Ich dünkte,

1) nota d. pag. 346 L. L.

2) Nur innerhalb dieser Grenzen unterschreibe ich denn auch was *Gülthausen*, arbor judiciaria criminalis francof. 1606 Tit. XXXIV cap. II, sagt: — est tamen summo periculo expositum, tale purgationis juramentum Reo deferre, quia hoc seculo nequissimo plerique homines juramenta non magis curant quam domus antiqua fumum.

3) S. auch *Heffter*, Lehrbuch des gem. deut. Kriminalrechts 3te Aufl. (Halle 1846) § 650.

bei solchen Umständen sollten wir dem Angeklagten die Liebe zur Wahrheit nicht abstreiten und dann um so weniger an ihren Besitz durch ihn zweifeln, wenn er in solchen Momenten sie zu bethätigen aufgefordert wird, wo seine religiösen und sittlichen Vorstellungen und Gefühle mehr als sonst seinen Geist anfüllen — wie diess bei Ableistung eines Eides doch der Fall ist¹⁾. Dass deshalb aber der Reinigungseid auch in letztgedachten Fällen immer nur ein Nothbehelf ist und namentlich da ganz wegfallen muss, wo Geschworne Recht sprechen, versteht sich von selbst. Nach diesem Einschiesel sei es erlaubt, den bei der Frage nach Berechtigung der Praxis zur Vernichtung des uns eigenthümlichen Reinigungseides niedergelassenen Faden wieder aufzunehmen.

Glaubte die Praxis nun einmal das Institut des Reinigungseides, wie es sich historisch herausgebildet hatte, nicht mehr halten zu können, so hätte sie bei seiner Regeneration doch etwas kritischer zu Werk gehen sollen. Ihn so zwangsweise als Wahrheitserpressungsmittel, nach Vorgang des schwedischen Rechts einzuführen, ist doppelt verwerflich, denn nicht allein, dass hier, wie überhaupt ein Meineid immer möglich bleibt, sondern die Erklärung des Angeschuldigten, den Eid nicht leisten zu wollen, kann auch aus andern Gründen z. B. gewissen religiösen Anschauungen entspringen. Wohl aber hätte die Praxis den Anforderungen der Gegenwart (d. i. die Zeit der Reception) mehr entsprochen, wenn sie auf historischem Boden geblieben und nur, was sich unter veränderten Verhältnissen als unzumässig erwies, abgeschafft hätte. Sie hätte die Consacramentalen zwar fallen lassen²⁾, den Eid als Wahrheitsbekräftigungsmittel,

1) *Abegg* l. c. § 28 macht darauf aufmerksam, dass ja auch das Gesetz, selbst nach der Verurtheilung dem Inculpaten die Liebe zur Wahrheit nicht ganz abspricht, namentlich seiner eidlichen Versicherung Glauben beimisst, indem es ihm die Urfehde abfordert: (P. G. O. art. 108).

2) Die Ehrenhaftigkeit der Bekannten und Freunde eines Angeschuldigten möchte keineswegs heutzutage so probehaltig sein, wie bei unsern Vorfahren. Während diese auch den liebsten Freund aus dem engen

als ein Recht des Inculpaten aber immerhin behalten sollen. An die Stelle der ausgefallenen Miteidiger müssten dann Leumund'serforschungen nicht allein durch Einforderung von Sittenzeugnissen des Predigers, sondern auch der verschiedenen Gemeindevorsteher treten ¹⁾. Wenn nun durch solche Zeugnisse die Unbescholtenheit des verdächtigen Inculpaten nachgewiesen ist, so wäre die subjective Berechtigung desselben zum Eide vorhanden. Da aber nach Obigem auch die objective Berechtigung da sein muss ²⁾, so ist festzusetzen, dass, wenn schon Inculpat einmal früher eines größern Vergehens angeschuldigt resp. überführt worden, das Recht auf den Reinigungseid geradezu wegfällt; im Uebrigen aber derselbe überhaupt nicht über Thatsachen, die sonst schon durch künstlichen oder natürlichen Beweis festgestellt worden sind, geleistet wird ³⁾, und da entschieden nicht eintreten darf, wo gar kein hinreichend begründeter Verdacht vorhanden oder wo der Angeklagte der Schuld überwiesen ist. Zwischen diesen beiden letztgedachten Punkten, welche die verschiedenen Grade der Möglichkeit und Wahrscheinlichkeit in sich fassen, bedarf es nun einer genauen

Verbande, in welchem sie mit ihm Lohn und Mühen theilten, unbedenklich verstießen, wenn er sich der Genossenschaft irgend unwürdig zeigte, würden die Genossen in unsrer civilisirten Gegenwart am Ende sich scheuen, durch Verweigerung des gewünschten Miteides den armen Mitmenschen „der Gerechtigkeit zu opfern.“ Es ist diess entweder dieselbe Sentimentalität der modernen Gesellschaft, die vor Todesurtheilen zurückschauert, aber lebenslängliche Kettenarbeit oder auch ein pennsylvanisches Pönitenziarsystem sich gefallen lässt oder es ist die Folge jener unheilvollen Stellung, in welcher sich die Rechtspflege, (denen gegenüber, für die sie da ist), befindet: nicht als für sie, sondern als gegen sie gerichtet, sehen die Gerichtsinsassen die Justiz an! und ob immer mit Unrecht?

1) nota b. pag. 510, nota d. pag. 231, nota c. pag. 239 L. L. Ein Vorwurf, der den frühern Lebenswandel des Inculpaten trifft, entscheidet nicht allein und unbedingt.

2) Vergl. N. A. des Criminalrechts Bd. XIV S. 45 ff.

3) Es ist darum auch die Formel des Reinigungseides mit grösster Genauigkeit abzufassen. Siehe hierzu einen merkwürdigen Fall in N. A. des Criminalrechts Bd. XIV S. 129.

Begrenzung derjenigen Momente bei deren Vorhandensein der Reinigungseid eintreten soll. Ich glaube so sagen zu können: er muss in allen den Fällen zugelassen werden, wo der Richter die juridische Ueberzeugung von der Schuld, wegen mangelhaften Beweises, nicht haben durfte — aber auch die moralische sich nicht verschaffen konnte; in welchen Fällen die Praxis auch unbedenklich die Lossprechung von der Instanz zur Anwendung bringt, die ich nur bei voller moralischer Ueberzeugung und mangelhafter juridischer zulassen zu können glaube. Es scheint, dass diese Ansicht auch aus dem Artikel 31 der Richter-Regeln sich wird rechtfertigen lassen, dessen Inhalt in folgende Sätze zergliedert werden kann:

- 1) der Angeklagte ist seiner Schuld überführt und wird verurtheilt;
- 2) es häufen sich gegen ihn Anzeigen und unvollständige Beweise, welche einestheils eine Condemnation nicht rechtfertigen, aber doch unter Bedingungen erscheinen, welche die Zulassung zum Reinigungseide nicht verstatten; hier treten Geschworne ein, oder
- 3) auch die Geschwornen können die dunkeln Zweifel der Frage über schuldig oder nicht schuldig, nicht lösen, wo dann Freisprechung stattfindet.

Unsre Gerichtshöfe stimmen nun ad 1. vollständig bei. Im zweiten und dritten Fall dagegen lassen sie die absolutio ab instantia eintreten ¹⁾. Meines Erachtens dürfte nun an die Stelle der, heut zu Tage bei uns nicht vorkommenden Geschwornen die moralische Ueberzeugung der Richter treten; gewannen diese, bei mangelhaftem gesetzlichen Beweise aus den vorhandenen Indicien die Ueberzeugung von der Schuld des Inculpaten,

1) v. Samson l. c. § 1721. Vergl. die von Dr. Paucker in den theoretisch-praktischen Erörterungen Bd. IV Heft 4 angeführten Fälle; beim ersten ist der objective Thatbestand nicht gehörig constatirt, im zweiten wäre die Anwendung des Reinigungseides, im dritten und namentlich im vierten eine völlige Freisprechung gerechtfertigt.

so tritt die Verdachtserklärung ein¹⁾, dann aber wo möglich mit der polizeilichen Aufsicht und dergleichen verbunden. Können aber die Richter ihre Zweifel über den Fall auch nicht in eine moralische Gewissheit auflösen, so tritt hier, wie oben bei den Geschwornen sub 3 entweder völlige Freilassung ein, oder es muss dem Angeschuldigten das Recht eingeräumt werden, sich durch den Eid zu reinigen²⁾ — aber eines von beiden nothwendig. Wenn nun also der Angeschuldigte oder sein Defensor auf den Reinigungseid anträgt, so hat das Gericht zu prüfen, ob sich gesetzlich begründete Einreden dagegen vorbringen lassen oder nicht und im erstern Fall, wenn der Inculpat sie nicht zerstören kann, den Eid zu versagen; sonst aber den Angeschuldigten nach Ableistung des Eides von jeder Schuld freizusprechen. War der Angeschuldigte mit seinem Recht nicht bekannt, so muss die Behörde ihn von demselben in Kenntniss setzen.

§ 11.

Was die Wirkungen des abgeleisteten Eides anlangt, so bestimmt das schwedische Recht, treu seiner Auffassung, nach welcher der Reinigungseid ein Wahrheitserforschungsmittel, dass wenn der Angeschuldigte ihn nicht ablegen zu können oder zu wollen erklärt, eine poena extraordinaria eintreten solle. Hiermit widerspricht dasselbe aber eigentlich seinen eigenen Forderungen, dass Strafe überhaupt nur nach klaren Beweisen der Schuld zuerkannt werden darf: „So ist ja billig in allen Rechts-„händeln, dass in dunkeln und schweren Sachen, wo die rechte „Wahrheit nicht herausgebracht werden kann, man den Beklag-

1) Freilich mag diess leidige Surrogat der Verurtheilung auf Indicien mitunter schwerer lasten, als diese selbst. Vergl. *Stübel*, Criminalverfahren in den deutschen Gerichten (Leipz. 1811) § 1259 ff.

2) Vorausgesetzt das Vorhandensein aller subjectiven und objectiven Requisite; erstere fehlten aber dem Inculpaten in dem bei *v. Wollfeldt* l. c. erzählten 5ten Fall, weshalb hier der auferlegte Reinigungseid (S. 184 *ibid.*) eigentlich nicht am Ort war und nun gar nicht mit Beziehung auf l. 31 D. de jurejurando angewandt werden konnte.

„ten lieber freisprechen solle, ob er gleich schuldig sein möchte, „weilen es viel besser und zuträglicher ist, einen Schuldigen „loszulassen, als einen Unschuldigen zu quälen und zu peinigen. „Maassen der Richter niemand peinigen soll, er habe denn „offenbaren Grund und klare Beweisthümer vor sich“¹⁾. Der mangelhafte Anschuldigungsbeweis, den der Reinigungseid zerstören sollte, wird durch die Weigerung, diesen zu leisten, nicht zu einem gesetzlich genügenden; sie häuft höchstens zu den schon vorhandenen Verdachtsgründen einen neuen und selbst das kaum, wenn man, wie oben schon bemerkt, bedenkt, dass auch Anderes als Schuldbewusstsein Ursache der Weigerung sein kann. Es hätte, wie sonst nach schwedischem Recht, wo die Schuld des Angeklagten nicht „sonnenklar“ derselbe mit der Formel im Urtheil, dass die Sache „Gottes Gerichte und den künftigen Zeiten zu überlassen“ freigegeben werden müssen. Unsre Praxis nun recipirte nach Wegfall der Tortur die absolutio ab instantia der gemeinrechtlichen Praxis und daneben in subsidium die tortura spiritualis des schwedischen Rechts²⁾ und musste doch da ganz einfach auf die merkwürdige Inconsequenz kommen, dass sie in den Fällen, wo die Unschuld des Angeklagten minder zweifelhaft war, der Reinigungseid aber von ihm verweigert wurde, strafte; in andern Fällen aber, wo die Wahrscheinlichkeit der Schuld an Gewissheit gränzte, von der Instanz freisprach, was sie doch eben als keine Strafe ansah. Diesen Uebelstand wird die Praxis kaum anders beseitigen können, als wenn sie sich bequemt, den Reinigungseid als Recht des Inculpaten anzusehen, dessen Ausübung überall da nichts im Wege steht, wo weder gesetzliche Beweise, noch die moralische Ueberzeugung der Richter über ihn das condemnirende Urtheil sprechen konnten. Wenn nun der Angeschuldigte dieses Recht für sich beansprucht und in Ausübung bringt, so wird

1) Richter-Regeln § 31 a. E.

2) *v. Samson* l. c. § 1718. ff.

er freigesprochen. Thut er das nicht, so kann der Richter von sich aus doch auch nichts anderes als freisprechen, etwa — wenn er sich damit beruhigen will — mit den Worten, dass die Sache Gottes Gericht und den zukünftigen Zeiten zu überlassen, worin durchaus keine Verdachtserklärung, sondern eben nur eine althergebrachte Formel zu sehen wäre. Nun könnte man freilich fragen: wozu der Reinigungseid denn eigentlich diene, da, ob er nun geleistet wird oder nicht, doch Freisprechung eintritt? Dem möchte aber doch nicht so sein. Wie im gemeinen Leben *das* Recht in unsern und unserer Mitmenschen Augen grössere Geltung hat, dessen Besitz wir uns durch unsere eigene Thätigkeit verschafften, als dasjenige, welches uns, so zu sagen, ohne unsern Willen gleichsam zufällig überkam — so muss auch das freisprechende Urtheil, zu welchem wir unsere Berechtigung durch die Eidesleistung nachgewiesen und welches wir dann fordern können, mehr Werth haben und grössere Anerkennung erlangen, als wenn wir, ohne zum Eide zugelassen zu werden, die Freisprechung mehr als leidige Folge der menschlichen Unvollkommenheit des Richters, der uns nicht in's Herz zu sehen vermochte, empfangen.

Nachdem wir nun bis hiezu diejenigen Hauptmittel, welche zum Schutze der bürgerlichen Freiheit dem Inculpaten im Laufe der Untersuchung zu Gebote stehen, betrachtet haben, können wir jetzt zu dem zweiten criminalprocessualischen Act, der Urtheilsfällung übergehen. Da indess diejenigen Mittel, welche hier das Gesetz dem Inquisiten gegen richterliche Willkür oder Irrthümer anzuwenden gestattet, zugleich als gegen den dritten Act, die Execution, welche ja nothwendige Folge des zweiten ist, gerichtet, angesehen werden müssen, so fassen wir beide zusammen.

Das Urtheil und die Execution.

§ 12.

Das Urtheil ist Ergebniss der Untersuchung und spricht demnach, wie schon oben einmal angedeutet wurde, in einer besondern Urkunde den Angeklagten frei oder erkennt ihn schuldig oder entbindet ihn von der Instanz. Die Ausreichung einer Copie des Urtheils darf das Gericht dem Angeschuldigten auf sein Verlangen nicht versagen, sofern derselbe nur den gesetzlichen Stempelbogen beibringt¹⁾. Dieses Recht müssen Angeschuldigte, selbst wenn sie freigesprochen, nicht ausser Acht lassen; denn da im Urtheil die rationes decidendi anzugeben sind, so ist sein Besitz für sie in jedem Fall von Vortheil: sind sie freigesprochen, so haben sie ihren Mitbürgern gegenüber eine Legitimation ihrer Unschuld mehr; sind sie condemnirt oder ab instantia absolvirt, so wird ihnen ein Angriff auf das Urtheil durch Kenntniss der Entscheidungsgründe unendlich erleichtert. Ist nun der Angeklagte freigesprochen, so wird ihm das in der Regel genügen. Im Fall einer Verurtheilung dagegen ist schon im römischen²⁾ und canonischen, dann aber auch nach dem gemeinen deutschen Recht³⁾, wenigstens der Gegenwart, anerkannt, dass dem Inquisiten der Gebrauch von Rechtsmitteln gegen das Urtheil gestattet sein muss⁴⁾. Man versteht demnach unter Rechtsmittel hier die, dem Inquisiten zustehende

1) Svod der Reichsgesetze Bd. XV. art. 1327.

2) ausgenommen etwa die Zeit der bestehenden quaestiones perpetuae, vergl. *Geib*, Geschichte des römischen Criminalprocesses S. 387 ff. (Leipzig 1842).

3) *Carpzow* verwarf die Appellation als unerträglich mit dem Inquisitionsverfahren und substituirt ihr das remedium ulterioris defensionis; sein Ansehen verschaffte für lange Zeit dieser Ansicht Geltung; *Biener* l. c. S. 174.

4) Hierher gehören denn auch die, von der Instanz entbindenden Urtheile.

Befugniss die Rechtsbeständigkeit des, in seiner Sache gefällten Urtheils anzugreifen und unterscheidet solche, die devolutiv und suspensiv sind, von den bloss suspensiven, ferner ordentliche und ausserordentliche, je nachdem sie vor oder nach der Execution eingewandt werden. Dass im Criminalprocess materielle Wahrheit erstrebt, demnach Verzichte auf Rechtsmittel gegen ungerechte Urtheile ganz unzulässig sind, führte in mehreren Staaten auf die Einrichtung der sogenannten nothwendigen Revision, nach welcher der Richter, sobald er die Untersuchung geschlossen und sein Urtheil gefällt hatte, verpflichtet ist, die Acten dem Oberrichter zur nochmaligen Beprüfung zuzusenden¹⁾. Man beschränkte jedoch diese Revision auf die wichtigeren Fälle, in allen übrigen dem Inquisiten freie Hand lassend, zu appelliren oder sich dem Urtheil des Unterrichters zu unterwerfen. Doch die Revision hier näher besprechen, hiesse die Gränze, die ich mir für vorliegendes Schriftchen zog, überschreiten und dürfte sie nur des Zusammenhanges wegen nicht ganz unerwähnt bleiben, da auch bei uns sie der Appellation den Spielraum einweist. — Was die Geschichte dieser letztern anlangt, so muss hier in der Kürze erwähnt werden, dass unsre Gerichtsverfassung der altsächsischen nachgebildet war und von den Rechtsmitteln die Appellation allein, und zwar in der bekannten Form der Urtheilsscheltung, bei uns vorkam²⁾. Die unterste Instanz bildete der vom Bischof ernannte Richter mit seinen vier Schöffen. Wer nun mit dem, von einem der vier Schöffen gefundenen Urtheil nicht zufrieden war, appellirte an

1) *Mittermaier* l. c. § 201 a. E. — Zu demselben Behufe hatten die Römer eine andere Einrichtung; sie gestatteten die Ergreifung der Appellation für einen Verurtheilten, einem jeden aus dem Volke und nicht bloss dem Betheiligten — *credo enim humanitatis ratione omnem provocantem audiri debere; ergo et si ipse (qui ad supplicium ducitur) acquiescit sententiae; nec quaerimus ejus interit. Quid ergo, si resistat, qui damnatus est adversus provocationem nec velit admitti ejus appellationem, perire festinans? — — l. 6. D. de appell.*

2) *v. Helmersen* l. c. §§ 94, 124 und 151.

den Bischof und die gemeinen Mannen¹⁾. Darüber hinaus ging für's Erste keine Appellation²⁾; bald wich indess die Praxis davon ab und es kamen weitere Appellationen an Kaiser und Papst vor, bis endlich durch König *Sigismund 1424, Wolter v. Plettenberg 1510* und andre diess verboten wurde³⁾. Gegen das Ende der angestammten Periode führen die Gesetze noch ein andres Rechtsmittel, die *querela nullitatis* ein⁴⁾. Ob nun die Praxis letztere in foro zuzulassen für gut fand, muss dahingestellt bleiben; gesetzlich begründet ist sie indess jedenfalls. Wahrscheinlich ist's wol, dass sie in den lateinischen Rechtsquellen aus der polnischen Regierungszeit mit unter die Bezeichnung *appellatio* begriffen wurde, mit der sie ja auch übrigens grosse Aehnlichkeit hat; in der schwedisch-livländischen Periode taucht auch ihr Name wieder auf. Die Quellen aus der Zeit der polnischen Oberhoheit, sprechen also, wie gesagt, immer nur von der Appellation. Instanzen, die indess in Namen, Anzahl und innerer Einrichtung mehrfache Veränderungen erfahren, gibt es nach ihnen in peinlichen Rechtssachen ebenfalls nur zwei. Das Verbot der Berufung ausserhalb Landes wird wiederholt⁵⁾.

Bedeutenden Veränderungen unterlag der Gebrauch der Rechtsmittel in Livland zur Zeit schwedischer Oberhoheit. Die Appellation in Criminalsachen wurde auf ein minimum reducirt und trat überall da, wo sie wegfiel, ein anderes Institut, die *Leutation*, ein. Es heisst nämlich, dass Criminalsachen „*vitam et famam concernentes*“ und die an „*Ehre, Leib und Leben*“

1) Das Genauere bei *v. Helmersen* § 95.

2) *M. R. R.* § 128.

3) *Ewers*, Geschichtliche Einleitung zu seiner Ausgabe des Ehstländischen Ritter- und Landrechts S. 69. — *v. Bunge*, Beiträge S. 68 Anm. 188.

4) Kammergerichtsordnung von 1555. — *Mittermaier* l. c. § 204.

5) — *placuit quoque atque convenit unanimiter, ita iudicii per suos districtus distributis, appellationum causas extra provinciam Livoniae non trahi, sed per dominum Administratorem — — et quatuor senatores districtuum cognosci et justificari debere. Bestätigungsurkunde des Unionsdiploms vom 26. December 1566 (bei *Dogiel* No. 155).*

gehen, vom Landgericht ohne Decision und Befragung des Hofgerichts nicht zu executiren wären, vielmehr die Acten, nachdem sie für geschlossen zu erachten, vom Landgerichte, wenn der Angeschuldigte ein Nichtadeliger mit einem Gutachten, sonst ohne ein solches dem Hofgericht ad leuterandum vorzustellen seien¹⁾. Damit verschwand aber die Appellation nicht völlig aus den Criminalbehörden²⁾; ihr Gebrauch wurde nur auf die minder wichtigen Fälle beschränkt³⁾ und neben ihr ein anderes Rechtsmittel, die querela de deuegata aut male administrata justitia — jedenfalls eine Art Nichtigkeitsbeschwerde — zugelassen⁴⁾. Die Ordinanzen vom Jahr 1632 sagt im cap. 37, dass, wenn „in civilibus oder auch Sachen Ehr und guten Namen“ betreffend, Jemand sich durch des Landrichters Urtheil beschwert befindet, er appelliren könne und nota a. pag. 378 L. L. lesen wir: „In Criminalsachen, die eines Menschen Leib, Leben oder Ehre betreffen, wird keine ordentliche Appellation zugelassen — „Ist die Sache aber geringer, so kann derjenige, welcher sich „graviret befindet, seine Beschwerde dem königlichen Hoff-Gericht per querelam vortragen. In allen andern Sachen aber, „die beim Häradsgewicht abgethan werden, ist es zugelassen, „an's Lagmannsgericht zu appelliren. — Es wäre denn eine Sache, „die gehauen Holz oder Bäume in des Königs Wildbahnen betreffen; wovon an das Königliche Hoff-Gericht immediate appelliret wird.“

Desgleichen kommen Querelen gegen Zwischenbescheide mit Suspensivkraft vor; so konnten denn z. E. gegen die Zulassung des Angeschuldigten zum angetragenen Reinigungseide die gravamina beim Hofgericht, ehe denn der Eid geleistet

1) Gerichtsordnung vom 2ten Mai 1630 § 14; Ordinanzen vom 1sten Februar 1632 § 24 ff.

2) So v. *Samson* l. c. § 1778.

3) nota c. pag. 330, wo die Appellation gestattet wird in allen den Fällen, wo die Strafe auf Geldbusse lautet.

4) Namentlich gegen das Hofgericht bei Königl. Majestät, nota g. pag. 75 L. L. Vergl. auch die Anm. 3 angeführte Stelle.

worden, angebracht werden¹⁾. Das russische Recht endlich hat einzelne Modificationen eingeführt, ohne indess eine wesentliche Umwälzung in diesem Rechtsgebiet vorzunehmen, dessen gegenwärtiges Aussehen sich demnach folgendermaassen gestaltet.

Auch bei uns lassen sich die Rechtsmittel theilen in ordentliche und ausserordentliche, je nachdem sie vor oder erst nach der Execution gebrauchbar; die erstern sind suspensiv und devolutiv und es gehören dahin die Appellation und die Nichtigkeitsbeschwerde; als ausserordentliches kennt das Provinzialrecht das Gesuch um Wiedereinsetzung in den vorigen Stand.

I. Die Appellation. Wie schon oben bemerkt, ist sie von der notwendigen Revision²⁾ cernirt und demnach unanwendbar in allen Fällen, wo Inculpat eines Verbrechens oder Vergehens angeschuldigt wird, auf welches eigentliche Criminalstrafen oder Versendung nach Sibirien oder andere entfernte Gouvernements zum Aufenthalte daselbst, zur Abgabe in die Arrestantencompagnien, in's Arbeitshaus, endlich Einschliessung in Festung und Zuchthaus mit Verlust einiger Standesrechte stehn, gleichviel übrigens, ob die Anschuldigung wahr gemacht werden kann oder nicht³⁾. Es bleibt demnach die Appellation in allen den Fällen möglich, wo es schon der Unterinstanz gestattet ist, definitiv zu entscheiden, d. h. also, wo die Urtheile auf Einschliessung in Festung und Zuchthaus, ohne irgend standesrechtliche Nachtheile, auf Gefängniss, Arrest, die verschiedenen Verweisarten und Geldstrafen lauten⁴⁾. Sollte eine Strafverwandlung gesetzlich begründet sein und es werden Strafen, gegen deren Execution nicht appellirt werden darf, in solche verwandelt,

1) nota e. pag. 354 L. L.

2) „nothwendig“ im Gegensatz zu der, auf Bitten der Parteien vorgenommenen Revision, wie sie z. B. der schwedische Civilprocess kennt. Siehe auch *Mittermaier* l. c. II, § 201 a. E.

3) Swod Bd. XV, art. 1226.

4) Die sechste Fortsetzung zum art. 1225 des Swod Bd. XV.

wo diese gestattet ist, oder umgekehrt. so wird die Frage, ob Appellation zulässig oder nicht, doch immer nach der Beschaffenheit der ursprünglichen, im Gesetze für den concreten Fall angedrohten Strafe sich richten müssen¹⁾. Die Appellationen gehen vom Landgericht an das Hofgericht, von diesem an den Senat, ja selbst von dessen Urtheil an Se. Majestät den Kaiser, wo nur Appellant vorher ein Reversale auszustellen hat, dass er die Strenge der Gesetze in Betreff unnützer Klage über Senatsurtheile kenne²⁾ — so dass eines minder schweren Verbrechens Angeschuldigte im Grunde besser gestellt erscheinen, als die eines wichtigern Verbrechens Angeklagten, welche [mit einzelnen Ausnahmen, wo die Revision durch alle Instanzen hindurch geht³⁾] sich mit dem Urtheile des Hofgerichts beruhigen müssen und nur die Canzlisten, welche noch nicht die 14te Rangklasse erhalten, aber Kinder von Kaufleuten, Bürgern und Kirchendienern sind, dürfen gegen das einer Correctionsstrafe sie unterwerfende Hofgerichtsurtheil an den Senat appelliren. Die Ergreifung der Appellation steht in der Regel dem Inquisiten, seinen Eltern, Kindern und Vormündern zu⁴⁾, doch in Fällen, wo das Kronsinteresse in Frage kommt, haben die Fiskale das Recht, aber auch die Pflicht, die Appellation zu ergreifen. Was die Formalien bei Einleitung derselben betrifft, so ist die Unzufriedenheitserklärung gleich bei der Publikation des Urtheils schriftlich auf demselben zu bemerken und innerhalb Monatsfrist, von diesem Zeitpunkt an, haben die Appellanten die Appellationsschrift einzureichen. Diese Frist

1) Swod Bd. XV, art. 1342 Anm. 2 und Fortsetzung 6 dazu.

2) Swod Bd. XV, art. 1324. Vergl. St. G. B. art. 311.

3) Swod Bd. XV, art. 1290 fg. und 1308 fg.

4) arg. Bd. XV, art. 1339. Hier wird von den Klagen über Definitivurtheile nach erfolgter Execution gesagt: „das Recht zur Einreichung von Klagen dieser Art erstreckt sich nur auf die Person des Bestraften, nicht aber auf ihre Edellente oder andere Gewalthaber, denen sie früher unterworfen waren, gleichmässig auch nicht auf die Eltern, Kinder und Verwandten derselben.“ —

wird wie nach der Civilcomputation berechnet und ist insofern auch ein tempus utile, als wenn das Ende derselben in eine Zeit fällt, wo mehre Feiertage hintereinander vorkommen (z. B. die Marterwoche), Appellant doch noch nach Ablauf derselben, aber in der ersten Gerichtssitzung seine Beschwerde einreichen kann¹⁾; endlich ist diese Frist auch eine peremptorische und über genaue Einhaltung derselben ist bei der Unzufriedenheitserklärung ein Reversale auszustellen. Gegen Versäumung derselben kann nur aus Kaiserlicher Gnade restituirt werden; durch welche Restitution aber die ganze Natur der Appellation eigentlich verändert wird, und wenn sie auch noch denselben Namen führt, so ist doch aus dem Rechtsmittel, das sie früher war, jetzt ein Gnadengesuch geworden. Denn es heisst in den Gesetzen, dass, wenn der, gegen die versäumte Monatsfrist Restituirt appellirt, ihm in der Oberinstanz das durch das frühere Urtheil bestimmte Strafmaas nicht vergrössert, vielmehr sein schweres Geschick nur gemildert werden dürfe²⁾.

In der Appellationsschrift müssen diejenigen Punkte im Urtheil, durch welche sich Appellant gravirt glaubt, so wie die Gesetze, welchen es zuwider sein soll, genau angegeben sein. Was die Kosten des Verfahrens betrifft, so muss bemerkt werden, dass die Appellationsschrift auf einem der Instanz, an welche sie geht, entsprechenden Stempelbogen zu schreiben und ihr als Appellationsposchlinen 3 Rbl. 60 Cop. S. beizufügen sind³⁾. So ausgerüstet wird jene Schrift derjenigen Behörde eingereicht, durch deren Urtheil man sich beschwert erachtet, und welche die Annahme nur wegen äusserlicher, sichtbarer Formverstösse zur Verbesserung derselben zurückgeben, sich aber kein Urtheil über Richtigkeit und das Wesen der, in der Appellationsschrift vorkommenden Deductionen und Citate erlauben darf⁴⁾. Nach

1) Fortsetzung 6 zum art. 1328. Swod XV.

2) Fortsetzung 8 zu art. 1273 und 1325. Swod XV.

3) Swod XV, art. 1332.

4) 4te Fortsetzung zu art. 1328. Swod XV.

Entgegennahme der Beschwerde sind ohne Verzug diese und die Acten der Oberinstanz zuzusenden und zwar, wenn die Appellation gegen das Urtheil des Hofgerichts ergriffen wurde, direkt dem Senat mit Umgehung des Civilgouverneurs, welcher nur darauf zu sehen hat, dass diese Actenversendung durchaus nicht über sechs Wochen hin verzögert werde, gerechnet vom Zeitpunkt der Eingabe der Appellationsschrift. Die Oberinstanz reformirt, confirmirt und declarirt die Urtheile der Niederinstanz und das Recht der Strafschärfung (*reformatio in pejus*) muss ihr vollständig eingeräumt und nicht bloss auf den Fall, dass sie neue Thatfachen auffand, beschränkt werden, da der Criminalprocess auf Darstellung materieller Wahrheit geht ¹⁾. Für unrechtfertige Appellationen werden die Appellanten einer Strafe unterworfen ²⁾.

II. Die Nichtigkeitsbeschwerde. Es liegt schon in der Natur des Strafverfahrens, dass alle diejenigen Operationen welche Erfahrung- und Vernunftgemäss der Erreichung seines Zwecks: Wahrheitserforschung, widerstreben, wenn sie doch vorgenommen resp. als Fundament eines Urtheils benutzt wurden, nichtig sein müssen. Demgemäss bestimmen nun auch unsere Gesetze ³⁾ und hat der Gerichtsbranch festgesetzt ⁴⁾, wo die querela nullitatis begründet erscheint; so dass jede Untersuchung, in welcher die Essentialien nicht Beobachtung gefunden, nichtig, z. B. wenn aus gesetzlichen Gründen recusirte Richter sie geführt und das Urtheil sprachen, wenn durch durchaus unrechtmässige Mittel die Wahrheit zu erforschen versucht worden und dergl. ⁵⁾. Desgleichen liegen Nichtigkeiten vor, wenn Formalitäten, deren Beobachtung das Gesetz durchaus

1) S. jedoch auch *Mittermaier* I. c. II. S. 623 fg.

2) Swod XV, art. 1337. v. *Samson* I. c. Thl. II, S. 287 die Anm.

3) K. G. O. von 1555 II. tit. 31, § 14. — nota b. pag. 382 f. L. L.

4) *Mittermaier* I. c. II, § 204 und die folgende Note.

5) Vergl. übrigens v. *Richter*, livländischer Strafprocess Theil I,

vorschreibt, hintangesetzt wurden z. B. wenn das Urtheil in zweiter Instanz gesprochen wurde, ohne dass das gesetzliche vom Inculpaten auszustellende Reversale darüber, dass ihm kein Zwang angethan und keine verhänglichen Fragen vorgelegt worden sind, bei den Acten wäre oder wenn der Defensor kein gehörig legitimirter Advocat war und dergl. Uebrigens ist es gleichviel, ob im Gesetz schon vorher für den Fall der Nichtbeobachtung von Essentialien und Formalitäten die Nichtigkeit als Folge angedroht war oder nicht ¹⁾. Diejenigen Gründe, welche die querela nullitatis rechtfertigen, müssen übrigens schon vom Richter und den bei der Behörde angestellten Fiskalen ex officio berücksichtigt werden ²⁾, und ist damit ein Verzicht auf gedachtes Rechtsmittel von Seiten des Inquiriten für durchaus unzulässig oder doch wenigstens irrelevant erklärt. Spricht der Richter absichtlich den Gesetzen zuwider ein Urtheil, so tritt neben das Gesuch um Nichtigkeitserklärung desselben noch die Criminalanklage ein ³⁾.

Was das Verfahren bei Einlegung der Nichtigkeitsbeschwerde anlangt, so ist es dem Appellationsverfahren ähnlich. Die Beschwerde wird dem Oberhof der urtheilenden Behörde eingereicht, welcher, ohne die Untersuchung der gan-

1) *Nullum enim pactum — inter eos videri volumus subsecutum, qui contrahunt, lege contrahere prohibente. Quod ad omnes etiam legum interpretationes tam veteres, quam novellas trahi generaliter imperamus, ut legislatori, quod fieri non vult, tantum prohibuisse sufficiat, ceteraque quasi expressa ex legis liceat voluntate colligere, hoc est, ut ea, quae lege fieri prohibentur, si fuerint facta, non solum inutilia, sed pro infectis etiam habeantur, licet legislator fieri prohibuerit tantum, nec specialiter dixerit, inutile esse debere, quod factum est. Sed et si quid fuerit subsecutum ex eo vel ob id, quod interdicante lege factum est, illud quoque cassum atque inutile esse praecipimus l. s. Cod. de leg. et constat (I,14). — Dass sich diess auf die nach besondern Interpretationsregeln zu behandelnden livländischen Rechtsquellen russischen Ursprungs nicht bezieht — versteht sich von selbst.*

2) Instruktion für die Kreisfiskale (L. O. pag. 86 ff.); Provinzial-Recht Theil I, § 1726 ff.; Strafgesetzbuch art. 399.

3) St. G. B. art. 394.

zen Processsache weiter an sich zu ziehen, nur Cassation des Nichtigen und je nach dessen Bedeutung eine vollständig neue oder bloss ergänzende Untersuchung anordnet. Wenn von Staats wegen Nichtigkeiten gerügt werden, — und das ist bei uns der häufigere Fall — so können die Fiskale die Aufhebung des Nichtigen durch Einsprache bei der Unterbehörde selbst bewirken, oder es geschieht diess auf oben angegebene Weise durch Vermittelung der Oberhöfe.

III. Die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand. Die restitutio des römischen Rechts ¹⁾ war ein Ausfluss der obersten Gewalt im Staate, also in späterer Zeit, ein Recht des Kaisers und das Gesuch um sie war eine Bitte um Begnadigung, kein Rechtsmittel. Nach gefällttem Urtheile oder bereits erlittener Strafe wandten sich der Condemnirte oder seine Richter an den Kaiser mit dem Gesuch um Restitution, welche dann, wofern sie nicht unberücksichtigt blieb, ganz oder theilweise erfolgen konnte. Das gemeine deutsche Recht wandte dieser restitutio seine Aufmerksamkeit zu und recipirte sie, verarbeitete aber zugleich ihr Wesen der Art, dass sie eine ganz andere Gestaltung annahm. Es gestattet nämlich gegenwärtig im Interesse der Gerechtigkeit das gemeine Recht dem Inquisiten nach der Verurtheilung resp. Bestrafung auf Rechtsgründe gestützt, bei dem Gerichtshofe, bei welchem früher die Sache anhängig war, mit dem Gesuche um Wiedereinsetzung in den vorigen Stand einzukommen ²⁾. Dieses Rechtsmittel ist keiner Verjährung unterworfen. Diesem nun ein analoges, wenn auch formell aus ganz anderer Quelle geflossenes Institut kennen wir auch in unserem Provinzialrecht. Die Aehnlichkeit, welche unser hier zu erörterndes Rechtsmittel mit der gemeinrechtlichen Restitution hat und der Umstand, dass

1) *Geib*, Geschichte des römischen Criminalprocesses (Leip. 1842) S. 151 fg. S. 385 fg. S. 682 fg.

2) *Mittermaier* l. c. § 205. *Martin*, Lehrbuch des gem. deutsch. Crim. Proc. 4te Aufl. (Heidelberg 1836) § 165.

in den Quellen eine eigenthümliche Bezeichnung desselben sich nicht findet, werden es, glaube ich, rechtfertigen, dass ich eine nicht quellenmässige Benennung für dasselbe wählte ¹⁾. Die mehrfachen Abweichungen unsrer, selbst wieder in doppelter, scharf unterschiedener Form vorkommenden Wiedereinsetzung, die sich zum Theil als Einschränkungen gegenüber der gemeinrechtlichen ausweisen, werden sich im Laufe der Darstellung selbst kenntlich machen.

a) Das Gesuch um Wiedereinsetzung in den vorigen Stand als ausserordentliches, devolutives Rechtsmittel ²⁾. In allen Fällen, in welchen das Hofgericht Leute niedern Standes, welche Körperstrafen unterliegen ³⁾ zur 2ten, 3ten und 4ten Art der Criminalstrafen, so wie zur Arbeit in Arrestantencompagnieen, im Arbeitshaus und Zuchthaus ⁴⁾ verurtheilt, wird diesen Verurtheilten gestattet, nach erlittener Strafe, d. h. von dem Orte aus, wohin sie laut Urtheil gesandt worden, an den Dirigirenden Senat ein, auf Rechtsgründe gestütztes Gesuch um Wiedereinsetzung in den vorigen Stand einzureichen ⁵⁾. Dieses Rechts-

1) Das russische Recht, unsere Quelle hier, unterscheidet Klagen über Definitivurtheile vor der Execution, welchen es den Namen Berufung (орѣчь) beilegt und Klagen über Definitivurtheile nach ihrer Execution, ohne indess diesen eine besondere Benennung zu geben.

2) *v. Samson* Thl. II, S. 287, p. 10 und nota a. — *Swod* XV, art. 1338 fg.

3) *Swod* art. 1338. — Sollte diess nicht so verstanden werden können, dass das Gesuch allen denen freisteht, über welche das Hofgericht definitive Urtheile sprechen kann? Da diess in der Regel nur die körperlich Strafbaren sein dürften (mit wenigen Ausnahmen, als Kaufleute erster und zweiter Gilde), während Urtheile in Sachen höherer Stände ja zur Revision an den Senat gehen. Einen Mittelstand, der ohne zu den höhern zu gehören, doch frei von Körperstrafe wäre, schuf doch im Grunde erst das neue Strafgesetzbuch. Und wäre wirklich diesem Mittelstand, dessen Processacten einer Revision durch den Senat nicht unterliegen, auch unser Rechtsmittel niederer Stände zu nehmen?

4) Nach den Worten des Gesetzes steht das fragliche Recht den zur Katórgarbeit und zur Ansiedelung Verbannten und den „zu Arbeiten“ Verurtheilten zu. Mit Beziehung auf das neue Strafgesetzbuch kann diess letztere wol so, wie im Text gesehen, verstanden werden.

5) Als im Wesen dieser Bestimmung liegend, müsste angenommen

mittel verjährt nicht, sein Gebrauch steht aber entschieden nur dem Verurtheilten allein, nicht seinen Angehörigen zu. Die Beobachtung von sonst bei Ergreifung von Rechtsmitteln üblichen Formalien fällt hier, als in der Regel unter den eigenthümlichen Verhältnissen, unter denen sich der Verurtheilte befindet, nicht ausführbar, ganz weg. Auf gewöhnliches Papier geschrieben sendet der Verurtheilte sein Gesuch dem Senat zu, der von dem Hofgericht die Untersuchungsacten einfordert und deren Revision vornimmt. Stellen die vom Bittsteller zur Stütze seines Anspruchs angeführten Rechtsgründe sich als unwahr heraus, so wird derselbe wie ein Verleumder ¹⁾ oder auch körperlich bestraft. Im entgegengesetzten Fall, also wenn sich die Unschuld des Verurtheilten herausstellt, wird derselbe vollständig seiner frühern bürgerlichen Stellung wiedergegeben und an ihm die erlittene Unbill — soweit möglich — wieder gut gemacht.

b) Das Gesuch um Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, als nicht devolutes, ausserordentliches ²⁾ Rechtsmittel. In dieser Form weicht unsre Wiedereinsetzung am weitesten von der gemeinrechtlichen ab und bildet in sofern einen besondern Gegensatz zur römischen restitutio, als sie das, was diese bezwecken will: die Begnadigung, grade gehoben wissen will. Wenn nämlich durch landesherrliche Gnade eine Criminaluntersuchung wider Jemand niedergeschlagen, oder durch seinen Tod unterbrochen wird, so können Rücksichten obwalten, (wie denn z. B. die Ertheilung einer Pension an einen in Untersuchung gewesenen Beamten oder dessen Familie von seiner vollständigen Rechtfertigung abhängig gemacht wird) welche es wünschenswerth erscheinen lassen, dass durch vollständige Untersuchung des angeschuldigten Verbrechens die Unschuld des Inculpaten

werden, dass das Gesuch auch nach ausgedauerter Strafzeit angebracht werden kann.

1) Fortsetzung 6 zu art 1342. Swod XV.

2) Dass dieses Prädicat hier nicht in dem gewöhnlichen Sinn zu nehmen ist, wird aus dem Nachfolgenden erhellen.

ans Licht gestellt werde. In solchen Fällen ist es nun sowohl dem Begnadigten, als seinen Familiengliedern zugestanden, um restitutio in integrum gegen die Begnadigung nachzusuchen ¹⁾. Eingereicht wird dieses Gesuch bei derjenigen Behörde, bei welcher vor Erlass des Gnadenmanifestes die Untersuchung geführt wurde, und dieselbe ist verpflichtet, sogleich die Untersuchung wieder aufzunehmen und fortzusetzen, ohne besondere Instruktionen ihrer Obern zu erwarten oder einzufordern. Es unterscheidet sich diese restitutio von der erstgedachten einmal dadurch, dass für die Einreichung des Gesuchs eine peremptorische Frist von einem Jahr für diejenigen Betheiligten, welche sich innerhalb der Reichsgränzen, und von anderthalb Jahren für diejenigen, die sich ausserhalb derselben befinden, angeordnet worden ist, deren Anfangspunkt indess verschieden bestimmt ist, dann aber auch dadurch, dass sie gegen kein Definitivurtheil gerichtet ist.

Zwar wird nun auch den Behörden zur Pflicht gemacht, ohne solche Gesuche abzuwarten, von sich aus schon eine jede durch Kaiserliche Gnade oder Tod des Angeschuldigten im Fortgang gehemmte, Untersuchung nach Möglichkeit zu Ende zu führen und das Urtheil, das zu fällen gewesen wäre, festzusetzen. Indess möchten sich der Ausführung dieser Anordnung mitunter unübersteigbare Hindernisse entgegenstellen, und das nicht allein durch den Tod des Angeschuldigten, sondern auch schon durch die Begnadigung, in deren Folge ja seine weitere Inhaftirung unstatthaft wird — Hindernisse, welche die Betheiligten, sei es der frühere Angeschuldigte, seien es seine Familienglieder, nur allein und am besten durch ihr freiwilliges Auftreten vor Gericht und Herbeischaffung aller Mittel zur Entdeckung der Wahrheit wegräumen können. So, dass also nur die Betheiligten durch den, in ihre Willkühr gelegten Gebrauch

3) Swod Bd. XV. art. 1338 -- 1546 und die Ann. — Fortsetzung 6 zu art. 1345 des Swod XV.

dieser, im Interesse der Gerechtigkeit gemachten Einrichtung den gewünschten Erfolg herbeiführen können, und auch nur, wenn *sie* das Recht zu jenem Gesuche benutzen, es ein wahres Rechtsmittel genannt werden darf, da es dann nicht allein zu einer völligen Freisprechung, sondern auch zu einer Verurtheilung und Execution führen kann, ohne dass im letztgedachten Fall eine Berufung auf die frühere Begnadigung weiter berücksichtigt wird.

Thesen.

1. Die *actio quod jussu* ist nur dann zu gebrauchen, wenn der Vater in *seinen* und nicht in des Sohnes Angelegenheiten einen Auftrag gab.
2. *Mortis causa donationes* bedürfen der *Codicillarform* nur, wenn ihr Betrag 500 *solidi* übersteigt.
3. Kein Verleger kann ohne Zustimmung des Verfassers das Verlagsrecht weiter veräußern.
4. Wer (laufende oder künftige) *Alimente* schuldet, kann dagegen nicht *compensiren*.
5. Die *substitutio pupillaris* ist auch in Livland gültig.
6. Die *Eigenthümerwerbarten* des russ. Recht lassen sich am besten in *originäre* und *derivative* theilen.
7. *Strafmilderungsgründe* und *Strafminderungsgründe* sind wesentlich unterschieden.
8. In dem Maasse als die *Sittlichkeit* sinkt, nehmen die *Kin-desmorde* ab.
9. Beim Diebstahl nicht nur den Dieb, sondern auch den *Eigenthümer* der gestohlenen Sache zu bestrafen, wird immer dringenderes Bedürfniss.

Berichtigung:

S. 19 Z. 3 v. u. lies Als „der Wirkung“ statt „Als dem Zweck“